Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

für meine Zuhörer

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1793.

Lib. II. Tit. IV.

De in ius vocando.

§. 218. und 219.

Römische *in ius vocatio*. Erläuterung der L. 2. D. h. t. Unterschied derselben von der *citatio*, und *litis denunciatio*.

Dieser und die folgenden Titel betreffen den Proceß, welcher bey den Römern mit der IN IUS VOCATIO seinen Anfang nahm [1]). Denn wer eine Klage anstellen will, sagt Justinian [2]), muß zuförderst seinen Gegner vor Gericht, das ist, vor denjenigen fordern, welcher Recht zu sprechen autorisirt ist. Diese IN IUS VOCATIO [3]) war nach den zwölf Tafelgesetzen eine blose Privat-

1) Den römischen Proceß erläutern vorzüglich *Iac.* RAEVARDUS in Protribunalium libro singul. *Brugis Flandror* 1565. 8. *Car.* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. *Paris* 1640. in HOFMANNI Historia iuris T. II. P. 2. *Car.* SIGONIUS de iudiciis, in EIUS Op. *de antiquo iure pop. Rom.* Tom. II. p. 390. sqq. edit. *Lipsiae et Halae* 1715. *Io. Sam.* STRYK in Diss. de processu iuris Rom. antiquo. *Halae* 1698. u. *Ant. Henr. van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante litem contestatam fiebant. *Lugd. Batav.* 1747. in *Dan.* FELLENBERGII *iurisprud. antiqua.* (Bernae 1760.) Tom. I. pag. 491. Auch in meinen Opusculis iurid. Fasc. II. (*Erlangae* 1786.) pag. 307. sqq. findet sich eine Abhandl. *de ordine iudiciorum privatorum apud Romanos.*

2) §. 3. *I. de poena tem. litig.*

3) Von der römischen *in ius vocatio* handeln ausser den Commentatoren der XII. Tafelgesetze, und denjenigen, welche den

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes voca-to), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistrate, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistrate, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. syll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Prätor für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistrate, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistrate, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. syll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. syll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes voca-to), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L.* 2. 4. 13. 24. *et* 25. *D. h. t.*

9) *L.* 2. *D. h. t.*

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. w. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistrate, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. syll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
für meine Zuhörer
von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1793.

Lib. II. Tit. IV.

De in ius vocando.

§. 218. und 219.

Römische *in ius vocatio*. Erläuterung der L. 2. D. h. t. Unterschied derselben von der *citatio*, und *litis denunciatio*.

Dieser und die folgenden Titel betreffen den Proceß, welcher bey den Römern mit der IN IUS VOCATIO seinen Anfang nahm [1]). Denn wer eine Klage anstellen will, sagt Justinian [2]), muß zuförderst seinen Gegner vor Gericht, das ist, vor denjenigen fordern, welcher Recht zu sprechen autorisirt ist. Diese IN IUS VOCATIO [3]) war nach den zwölf Tafelgesetzen eine blose Privat-

1) Den römischen Proceß erläutern vorzüglich *Iac.* RAEVARDUS in Protribunalium libro singul. *Brugis Flandror* 1565. 8. *Car.* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. *Paris* 1640. in HOFMANNI Historia iuris T. II. P. 2. *Car.* SIGONIUS de iudiciis, in EIUS Op. *de antiquo iure pop. Rom.* Tom. II. p. 390. sqq. edit. *Lipsiae et Halae* 1715. *Io. Sam.* STRYK in Diss. de processu iuris Rom. antiquo. *Halae* 1698. u. *Ant. Henr. van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante litem contestatam fiebant. *Lugd. Batav.* 1747. in *Dan.* FELLENBERGII *iurisprud. antiqua.* (Bernae 1760.) Tom. I. pag. 491. Auch in meinen Opusculis iurid. Fasc. II. (*Erlangae* 1786.) pag. 307. sqq. findet sich eine Abhandl. *de ordine iudiciorum privatorum apud Romanos.*

2) §. 3. *I. de poena tem. litig.*

3) Von der römischen *in ius vocatio* handeln ausser den Commentatoren der XII. Tafelgesetze, und denjenigen, welche den

vathandlung des Klägers, und konnte ohne Vorwissen des Magistrats geschehen. Wo man seinen Gegner, an den man etwas zu suchen hatte, antraf, da konnte man ihn mit sich zum Prätor gehen heißen. Das gewöhnliche Compliment war: *in ius veni, in ius ambula, sequere ad Tribunal.* Der Beklagte mußte nun dieser Stimme des Klägers ungesäumt folgen. Widersetzte er sich, und wollte er nicht mitgehen, so war es dem Kläger erlaubt, Gewalt zu brauchen [4]). Jedoch mußte er vorher Jemand zum Zeugen anrufen. Diese Antestatio war so nöthig, daß der Kläger im Unterlassungsfalle sich eine Injurienklage zuzog [5]). Die Worte des Decemviralgesetzes, so wie

römischen Proceß überhaupt erläutert haben, insonderheit folgende Schriftsteller. *Io. Phil.* SLEVOGT in Disp. de in ius vocatione antiqua et nova. *Ienae* 1705. *Herm. van* MUYDEN Diss. de in ius vocando. Ultraj. 1746. *van* IDSINGA in Varior. iuris civ. libro Cap. 3—6. *Henr. Io.* ARNTZENIUS in Diss. ad legem secundam Digestorum de in ius vocando, hinter seinem *Miscellaneorum libro.* (Trajecti 1774. 8.) *Io. Frid.* CHRISTIUS in Noctib. academ. Specim. IV. N. 24. und *Franc.* DUARENUS in Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 1.

4) Verschiedene Rechtsgelehrte meinen, daß nur gegen schlechte Leute eine solche Gewalt zu gebrauchen erlaubt gewesen, z. B. ROBERTUS lib. III. Sentent. Receptar. c. 1. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. IV. Th. I. VINNIUS in Commentar. ad §. 12. I. de actionib. n. 4. GUNDLING in Gundlingianis Part. XXV. Obs. 2. und WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. Allein diese irrige Meinung haben *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 12. Inst. de actionib. *van* IDSINGA varior. iuris civ. Cap. 6. p. 47. SLEVOGT cit. Diss. p. 18. und besonders ARNTZENIUS in der angef. Dissertat. cap. II. pag. 263. gründlich widerlegt. Man sehe auch COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2.

5) S. *van* HEES in Diss. cit. Cap. II. §. 15. und meine Opusc. Fasc. II. p. 311.

wie selbige Gothofred wieder hergestellet hat, lauten folgendergestalt: SI IN IUS VOCAT, ATQUE (confestim, sine mora) EAT, NI IT, ANTESTAMINO (testes vocato), IGITUR (postea) EM (eum) CAPITO; SI CALVITUR, (moretur s. frustretur) PEDEMVE STRUIT (aufugere conatur) MANUM ENDO IACITO (iniicito). Von dieser Nothwendigkeit, dem Kläger zu folgen, befreiete weder Krankheit noch Alter. Allein konnte sich der Beklagte noch auf dem Wege mit dem Kläger vergleichen oder Bürgen stellen, so mußte ihn der Kläger los lassen. [6]).

Das Gesetz machte übrigens keinen Unterschied der Person. Deswegen hielt es der Präter für billig, die Härte desselben, da sie zu Ungezogenheiten Anlaß gab [7]), zu mildern. Er verordnete daher in seinem Edict, daß einige Personen gar nicht, einige anders nicht, als nach erhaltener Erlaubniß in ius vocirt werden sollten, und wer gegen dieses Edict handeln würde, sollte mit 50 aureis, (375 Fl.) oder am Leibe, gestraft werden [8]). Die gar nicht vocirt werden sollten, waren, wie Ulpian sagt [9]), einmal magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt, et iubere in carcerem duci, z. B. der Consul, der Präfectus, der Prätor, der Proconsul u. s. m. Hierher gehören auch diejenigen römischen Magistráte, die zwar nicht vocationem, aber

6) S. *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Progr. vindex. et vas in Opusc. fyll. I. N. 6. pag. 269. sqq.

7) HORATIUS lib. I. Sat. 9.

8) *L. 2. 4. 13. 24. et 25. D. h. t.*

9) *L. 2. D. h. t.*

doch prehenſionem hatten [10]), z. B. Tribuni plebis, und Aediles Curules [11]). Aber nicht die Quaeſtores. Sodann ſollen nicht vocirt werden der Pontifex, wenn er opfert, (dum ſacra facit) auch diejenigen nicht, qui propter loci religionem inde ſe movere non poſſunt. Dieſe Worte ſind dunkel, und werden auf verſchiedene Art erklärt. Die Gloſſe verſtehet hierunter Mönche und Nonnen, und dieſer folgt auch Duaren [12]), er glaubt, hier ſey ein Emblem vom Tribonian zu finden. Allein dieſe Meinung hat wenig Beyfall gefunden. Rävard [13]) will ſtatt ſe movere lieber *ſemoveri* leſen, und erklärt die Stelle von denjenigen, welche zu den Freyſtätten der Tempel und Altäre ihre Zuflucht genommen. Leoninus [14], dem auch Schulting [15]) beypflichtet,

10) Siehe den 1ſten Abſchnitt dieſes 3. Theils S. 23.

11) Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß dieſe Aediles auch von Privatperſonen hätten in ius vocirt werden können. Als SIGONIUS de antiquo iure Civ. Rom. Lib. I. cap. 20. HUBER in Digreſſ. Iuſtin. lib. III. cap. 22. QUINTANADUEGNAS de Iurisdictione Lib. I. Tit. IV. n. 13. u. a. m. Allein die Stelle des GELLIUS lib. XIII. Noct. Atticar. c. 12. worauf man ſich bezieht, ſcheint nur von den ältern Zeiten zu verſtehen zu ſeyn. Die Worte *Nunc ſtipati ſervis publicis, prehendi non poſſunt*, zeigen deutlich an, daß es nachher ſich geändert habe. Ueberdem hatten ja auch die Aedilen das ius caſtigandi. *L.* 12. *D. de Decurion.* S. *Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 6. *Ge.* D'ARNAUD in Variis coniectur. iur. civ. Lib. II. c. 10. p. 289. und ARNTZENIUS cit. Diſſ. cap. IV. p. 295.

12) Commentar. ad Tit. Dig. de in ius voc. cap. 3.

13) Varior. Lib. I. cap. 6.

14) Emendat. Lib. I. cap. 20.

15) Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 6.

tet, versteht hingegen die angeführten Worte von denen, die ein solches Priesterthum bekleideten, welches ihnen, ohne Verletzung der Religion, nicht erlaubte, sich von einem gewissen Orte zu entfernen, man denke hier an die Vestalinnen, den Flamen Dialis, Quirinalis, u. d. [16]) Neritus [17]), dessen Meinung auch Trotz [18]) und Pürtmann [19]) angenommen, meinen, Ulpian rede hier von den Hütern der Grabmähler. Die Römer pflegten oft ihren Sclaven die Freyheit unter der Bedingung zu vermachen, daß sie bey ihrem Grabe eine beständige Wache halten sollten [20]). Das Wort religio scheint auch den Grabstätten vorzüglich eigen gewesen zu seyn. Allein solche Freygelassene fesselte wohl mehr der Wille des Verstorbenen, als die Heiligkeit des Orts, wie schon Lycklama van Nyholt [21]) eingesehen, und

16) Allein die Flamines mußten nur beständig in der Stadt bleiben. LIVIUS *XXIV.* 8. *XXXVII.* 51. DRAKENBORCH ad Livium V. 52. Wie konnte aber die Stadt ein locus religiosus genennt werden? *L. pen. pr. D. de vacat. et excusat. muner.* worauf man sich beruft, will nur so viel sagen, daß Priester, die ihr Amt mit gutem Gewissen nicht verlassen können, nicht Richter werden dürfen, womit auch *L.* 32. §. 4. *D. de recept. arbitr.* übereinstimmt.

17) Analect. lib. II. cap. 4. in *Thes. Otton.* T. II. pag. 394. sqq.

18) Tract. iur. de memoria propagata Lib. I. Cap. VI. §. 5. pag. 394.

19) Interpretat. et Observat. Cap. 13.

20) *L.* 44. *D. de manumiss. testam. L.* 18. §. 4. *D. de alim. et cibar. legat. L.* 71. §. 2. *D. de condit. et demonstrat. L.* 3. *D. de sepulchro viol.* S. *Ev. Otto* in Papiniano Cap. X. §. 3. pag. 260. et *Io.* KIRCHMANN de funeribus Rom. Lib. III. cap. 22. p. 325. sqq.

21) Membranar. Lib. VII. Eclog. 22.

Modestin[22]) in den Worten: *officio tamen iudicis eos* (sc. libertos) *esse compellendos*, TESTATRICIS IUSSIONI *parere*, deutlich zu erkennen giebt. Voet[23]) will daher den Ulpian vielmehr von solchen verstehen, denen die Aufsicht und Verwahrung der Heiligthümer anvertraut worden, welche man Aedituos und Hierophylacos[24]) nannte; Wissenbach[25]) hingegen, und Freher[26]) von denjenigen, die den Gottesdienst beywohnten, und solchen nicht eher verlassen durften, als bis der Priester Ilicet ausgerufen hatte. Diese beyden letztern Meinungen nähern sich wohl am meisten der Wahrscheinlichkeit, es verdient daher die Muthmassung des van Hees[27]), Westenberg[28]) und Arnzenius[29]) unstreitig den Vorzug, welche den Ulpian überhaupt von denjenigen verstehen, die bey dem Gottesdienst entweder aus besondern Beruf wie z. B. sacrorum ministri, aeditui, popae, victimarii, oder auch nur aus Andacht zugegen waren[30]). Denn so wie diese den Gottesdienst nicht verlassen durften, bevor er geendigt war, so sollten sie

22) Cit. *L. 44. D. de manumiss. testam.*

23) in Commentar. ad Digesta h. Tit. §. 3.

24) *L.* 20. §. 1. *D. de ann. legat.* S. *de* ROEHR in Otio Daventriensi lib. I. cap. 10.

25) in Disputat. ad Pandect. h. t. Thes. 9.

26) Παρεργῶν s. Verisimil. lib. II. cap. 18. in *Thes. Otton* T. I. pag. 930.

27) in Dissertat. alleg. Cap. II. §. 19.

28) in Digestis h. t. §. 21.

29) Dissertat. ad L. 2. D. h. t. Cap. VI. pag. 311.

30) Daß das Wort *religio* auch von locis sacris gebraucht werde, beweißt *L.* 2. §. 19. *D. ne quid in loco publico.*

sie auch nicht vor Gericht gezogen werden, damit der Gottesdienst nicht gestöret würde. Ferner sollen auch nicht vor Gericht gefordert werden, qui equo publico in causa publica transvehuntur. Ueber den Sinn dieser Worte sind ebenfalls die Ausleger nicht einverstanden. Einige halten dafür, Ulpian habe hier auf den feyerlichen Triumpheinzug gesehen, den die römischen Ritter alle Jahr in das Capitolium zu halten pflegten. Diese wollen daher statt *in causa publica*, in Capitolium lesen [31]). Andere meinen, die Worte Ulpians seyen auf den Census oder die Musterung, (Reveue) der römischen Ritter zu deuten, welche auch Transvectio genannt, und Anfangs von den Censoren, hernach von den Kaisern gehalten wurde. Diese lesen statt in causa publica, *in censu publico* [32]). Daß bey dieser Reveue kein Ritter habe in ius vocirt werden können, bemerkt auch Sueton [33]) als ein besonderes Privilegium, welches Kaiser August den Rittern ertheilt hat. Allein wahrscheinlich redet wohl Ulpian nicht von jenen Rittern allein, sondern scheint vielmehr alle diejenigen überhaupt gemeint zu haben, welche sich eines gemeinen und öffentlichen Pferdes in irgend einer öffentlichen Angelegenheit bedienten. Diese sollen durch keine Ladung vor Gericht in ihrem Geschäft

31) *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad Pandect. h. t. p. 69. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. cap. 29. *Iac.* RAEVARDUS Varior. lib. II. cap. 15.

32) *Franc.* HOTTOMANNUS Observation. lib. III. cap. 21. *Car* BRETTUS de ordine perantiquo iudiciorum civil. Cap. 20. *Pet* PERRENONIUS in Animadversion. et variis Lectionib. Lib. I Cap. XVII. in *Thes. Otton.* T. I. p. 614.

33) in vita Augusti c. 38.

aufgehalten und gehindert werden [34]). Für diese Erklärung spricht wenigstens der natürliche Verstand der Worte, und auch die Basiliken bestätigen sie [35]). Daher auch die meisten Rechtsgelehrten sie annehmen [36]). Ein gleiches Vorrecht wird weiter denen zugestanden, welche eine Heyrath vollziehen, nicht weniger den Richtern, (Iudicibus pedaneis, Centumviris etc. [37]), wenn sie in Untersuchung eines Rechtshandels begriffen sind. Auch soll kein Advocat, indem er die Sache seines Clienten bey dem Prätor vorträgt, seiner eigenen Schuld wegen vocirt werden; so, dünkt mich, liesen sich wohl die Worte Ulpians, *dum quis apud Praetorem causam agit*, am besten

34) Daß zu öffentlichen Angelegenheiten Pferde auf Kosten des Staats unterhalten worden sind, die man *equos publicos* auch *cursuales*, *veredos*, nannte, ist eine bekannte Sache. Die Erlaubniß, sich derselben zu bedienen, hieß *Evectio*, und wurde durch ein *diploma* ertheilt. *L.* 157. *D. de Verb. obl.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentario ad Cod. Theod. tit. de cursu publico, und BERGIERIUS de viis militaribus lib. IV. c. 12.

35) *Lib. VII. Tit.* 8. wo die Worte Ulpians folgendergestalt erklärt werden: Τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ὁδεύοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ: d. i. *neque eum, qui propter publicam causam cursu publico transvehitur.*

36) *Marqu.* FREHER in Parergis Lib. II. cap. 18. *Io.* CORASIUS in Miscellaneis Lib. I. cap. 11. pag. 29. *Io. Erhard.* KAPP in Diss. de annua equitum Rom. transvectione et de eorundem recognitione seu censura. *Lipsiae* 1734. Cap. II. §. 30. *van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante lit. contest. fiebant. Cap. II. §. 22. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 6. und ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. VII. pag. 317.

37) S. den 1sten Abschnitt dieses 3ten Bandes §. 190. S. 57. ff.

besten erklären. Diesen fügt endlich Ulpian auch noch diejenigen bey, welche mit Bestattung oder Begleitung einer Leiche zu thun haben [38]), oder auch den Gedächtnißtag eines Verstorbenen feyern. Denn auch diese Gedächtnißfeyer wird unter dem Ausdruck *iusta facere* begriffen [39]). In dem andern Theile seines Edicts verordnete der Prätor, daß weder Eltern noch Patrone, und überhaupt solche Personen, denen man eine besondere Ehrerbietung zu erweisen schuldig ist, ohne obrigkeitliche Erlaubniß, nicht vor Gericht gezogen werden sollten [40]). Konnte der Kläger den Beklagten nicht habhaft werden, er hielt sich z. B. beständig zu Hause, denn niemanden durfte man aus seinem Hause vor Gericht schleppen [41]),

38) Die Redensart *iusta facere* heißt nicht blos, wie die Glosse selbige erklärt, corpus lavare defuncti, sondern illa praestare quae curando cadaveri, funeri adornando et exsequiis parandis erant necessaria, wie Arntzenius in cit. Diss. Cap. VIII. S. 326 ausführlich zeigt. Die Römer pflegten gewöhnlich ihre Todten erst am neunten Tage zu beerdigen, wie GUTHERIUS de iure manium Lib. I. cap. 16. und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. lib. III. cap. 2. erwiesen. War der Leichnam am neunten Tage begraben, so geschahe am folgenden Tage die Lustration, und dann wurden die feriae denicales gefeiert, welche auch drey Tage dauerten. Während dieser ganzen Zeit durfte nun Niemand vocirt werden. S. TROTZ de memoria propagata pag. 527.

39) S. ARNTZENIUS in Specimine Observationum (*Leovardiae* 1761. 8.) Cap. VII. p. 38. sqq. und GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 11.

40) *L.* 4. §. 1. *D. L.* 13. *D. h. t. L.* 1. *C. eod. L.* 7. §. 4. *D. de obsequ. parent. et patron. praest.*

41) *L.* 18. *D. h. t.* — quia domus tutissimum cuique refugium et receptaculum est, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferri videri. Add. CICERO pro domo cap. 41.

so mußte die Ladung durch den Executor oder Gerichtsdiener oder durch öffentlichen Anschlag (Edictum) bewirket werden [42]). Diese öffentliche oder gerichtliche Ladung durch den Executor scheint in der Folge das gewöhnliche Mittel geworden zu seyn, dessen sich die Vornehmern bedienten, wenn sie an Jemand etwas zu fordern hatten [43]). Die Privatvocation ist indessen niemals durch ein ausdrückliches Gesetz aufgehoben worden, sondern nur nach und nach ist sie abgekommen. Ja noch zu Justinians Zeiten muß es den Klägern erlaubt gewesen seyn, sich derselben zu bedienen, weil nicht zu glauben ist, daß die Verfasser unserer Pandecten von einer blossen Antiquität so ausführlich gehandelt haben würden [44]). Von der vocatio in ius war übrigens sowohl die citatio als litis denunciatio verschieden. Erstere geschahe im Gericht, wenn die daselbst gegenwärtigen Partheyen auf Befehl des Prätors durch den Präco aufgeruffen wurden, um ihre Sache pro Tribunali vorzutragen. [45]). Letztere hingegen war die obrigkeitliche Ankündigung einer

wider

42) *L.* 75. *D. de iudic.*

43) §. 24. 25. *et* 26. *I. de action. L.* 2. §. 1. *D. si quis in ius vocat. L.* 5. *L.* 82. *D. de iudic. L.* 25. *Cod. de Episcop. et cleric. L.* 3. *L.* 7. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *annor. L.* 3. *C. de annal. except.* u. *L.* 5. *C. de ingen. manum.*

44) Eben so denken VULTEIUS in Disceptat. schol. pag. 23. SLEVOGT in cit. Dissertat. pag. 30. und *van* HEES in cit. Dissertat. Cap. II. §. 35. Allein ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. II. in fin. pag. 271. ist anderer Meinung.

45) *L.* 7. *D. de restitut. in integr.* Man sehe hiervon *Barn.* BRISSONIUS de Formul. et solemnib. pop. Rom. verbis Lib. V. Nr. CXCI. Ebenderselbe de Verbor. significat. voc. *citare.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 31—33. behauptet, die Citation sey ad iudicem pedaneum geschehen. Allein der angef. L. 7. widerlegt diese Meinung.

wider den Beklagten gerichtlich übergebenen Klage, und Ladung desselben vor das Gericht [46]). Der Kläger pflegte nämlich in neuern Zeiten seine Klage schriftlich im Gericht zu übergeben, die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift (libellum conventionis) durch den Gerichtsboten (viatorem, s. executorem litis) dem Beklagten, mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, insinuiren. Der Beklagte mußte den Klaglibell unterschreiben, mit Bemerkung der Zeit, wenn ehe ihm derselbe zugestellet worden, und dem Gerichtsdiener die Insinuationsgebühren bezahlen, die sich nach dem Gegenstand der Klage richteten [47]). Diese litis denunciatio ist also mit derjenigen nicht zu verwechseln, die wir oben (§. 205. 206.) als eine Art der Prorogation der Gerichtsbarkeit betrachtet haben.

§. 220.

Heutiger Gebrauch der römischen in ius vocatio. **Von welcher Handlung nimmt der Proceß h. z. T. seinen Anfang?**

Nach heutiger Gerichtsverfassung geschieht die Vorladung des Beklagten gewöhnlich durch Verordnung des Richters, und wird *Citatio* genennt. Die römische in ius vocatio privata findet daher in der Regel nicht mehr statt,

46) Nicht nur in den Gesetzen der Pandecten geschieht derselben Erwähnung, *L. 7. D. de inoff. testam. L. 20. §. 11. D. de hered. petit.* sondern es kommt auch in Cod. Theodos. lib. II. ein ganzer Titel (Tit. IV.) *de litis denunciatione* vor. Add. *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sent.* Von dieser habe ich in meinen Opusc. Fasc. II. S. 356. ff. ausführlich gehandelt.

47) *Nov. LIII. cap. 3. Nov. CXII. cap. 2. §. 24. I. de actionib.* Conf. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

statt, und von dem Edict des Prätors, worin er einige Personen gar nicht, andere nicht ohne seine Erlaubniß vor Gericht zu fordern verordnete, ist ebenfalls kein Gebrauch zu machen. Man kann daher nach heutigem Rechte nicht nur obrigkeitliche Personen während ihres Amts vor Gericht belangen, sondern auch Eltern können vor das Gericht geladen werden[48]). Das bey den Römern nöthige Gesuch um Erlaubnis fällt, in so fern die Citation durch den Richter verfügt wird, von selbst weg[49]). Wozu also die Bemerkung der Verwandschaft des Klägers mit dem Beklagten, und der dem letztern schuldigen Ehrerbietung, in der Klagschrift? welche Stryk[50]) und Böhmer[51]) noch heutiges Tages für nöthig halten wollen, deren Meinung Wernher[52]) gründlich widerlegt hat. Wie aber, wenn ein Kläger heut zu Tage dennoch seinen Gegner, ohne Mitwirkung der Obrigkeit desselben, vor Gericht gefordert hätte? Man unterscheide, der Kläger war entweder in Gefahr, das Seinige zu verlieren, weil der Schuldner im Begriff war, sich auf die Flucht zu begeben, oder nicht. Im ersten Fall findet, nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten, auch noch heutiges Tages die in ius vocatio privata statt, und es ist für keine strafwürdige Selbsthülfe anzusehen, wenn auch der Gläubiger seinen Schuldner

48) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. LAUTERBACH in Coll. Pandect. Theor. pract. h. t. §. 14.

49) S. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 5. et sqq.

50) in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 2.

51) in doctrina Digest. h. t. §. 3.

52) in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

ner, obtorto collo vors Gericht geschleppt hätte [53]). Im andern Fall hat der Kläger entweder Gewalt gebraucht, oder nicht. In jenem Falle verdient die Thathandlung des Klägers Ahndung, in diesem aber ist der Beklagte entweder dem Rufe des Klägers zu Folge gutwillig vor Gericht erschienen, oder nicht. Im erstern Falle hat der Beklagte durch sein Erscheinen die Handlung des Klägers genehmiget, und die Einrede einer nicht gehörig geschehenen Citation findet nicht statt [54]); im letztern Fall hingegen ist die geschehene Vocation ohne Wirkung, und der ausgebliebene Gegner kann keines Ungehorsams beschuldigt, aber auch der Kläger nicht iniuriarum dieserhalb belangt werden, da der Antrag desselben an den Beklagten, mit ihm vor Gericht zu gehen, an sich für keine unerlaubte Handlung angesehen werden kann [55]). Hieraus läßt sich nun auch die Frage entscheiden, von welcher Handlung heutiges Tages der Proceß seinen Anfang nehme [56])? In der Regel fängt sich der Proceß mit dem Anbringen der Klage an, es mag nun solches mündlich oder schriftlich geschehen. Wenn in dem cap. 1. X. de libelli oblat. gesagt wird: *iudex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius libellum in scriptis*

53) GAILL in Observat. pract. Lib. II. Obs. 44. COCCEJI in Iure Civ. controv. cit. loc. Qu. 2. in fin. SLEVOGT in Diss. de in ius vocatione antiqua et nova pag. 30. Add. *L.* 10. *§.* 16. *D. quae in fraud. creditor.*

54) *Quia citationis effectus est comparitio, et ideo sufficit, reum comparuisse, nec ei prodest, si alleget, se illegitime citatum.* S. MYNSINGER in Observat. Cameral. Centur. II. Obs. 18.

55) SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 31. sq.

56) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. *Vitemb.* 1778.

tis offerat, so ist dieses von dem ordentlichen bürgerlichen Proceß zu verstehen, in welchem die Klage schriftlich angebracht werden muß [57]). Denn im summarischen Proceß kann das Anbringen der Klage auch mündlich geschehen [58]). Auf dieses Anbringen des Klägers folgt erst die Citation des Beklagten. Daß jedoch zuweilen auch noch h. z. T. der Proceß mit der in ius vocatio seinen Anfang nehmen könne, ergiebt sich aus dem, was oben von dem heutigen Gebrauch derselben gesagt worden ist.

§. 221.

Begriff der heutigen Citation.

Unter der Citation oder richterlichen Ladung wird heut zu Tage überhaupt die ausdrückliche Verordnung des competenten Richters verstanden, daß Jemand in Person oder durch einen genugsam legitimirten Bevollmächtigten, zu oder binnen einer bestimmten Zeit, vor Gericht erscheinen, und daselbst eine gerichtliche Handlung vornehmen solle. Insbesondere aber ist sie bey dem Anfange eines Rechtsstreits eine Auflage des gehörigen Richters an den Beklagten, daß er wegen der vom Kläger wider ihn angebrachten Klage, in einem deshalb bestimmten Termin, vor Gericht erscheinen, die Nothdurft geziemend beobachten, und eines richterlichen Ausspruchs gewärtigen solle [59]).

§. 222.

57) *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. II. Tit. III. §. 2. *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 559. sqq. Hr. Hofr. Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 66.

58) *Clement. 2. de Verb. Signif.*

59) Hofmanns teutsche Reichspraxis. I. Th. §. 261. *Io. Tob.* REINHARDT potissima capita et cautelae ex doctrina de citatione. *Erf.* 1731. *Car. Lud.* BERGER Diss. de citatione *Argentor.* 1779.

§. 222.

Eintheilungen derselben.

Die Citation ist nun, wenn wir auf die Art und Weise sehen, wie sie geschiehet, sehr verschieden. Man theilt sie in die ordentliche und die außerordentliche ein. Erstere wird diejenige genennt, welche durch eine blose Insinuation demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, besonders, und zwar entweder mündlich oder schriftlich, bekannt gemacht wird; letztere aber diejenige, welche außer der Ordnung durch Verhaftnehmung des Vorzuladenden bewirkt, oder öffentlich bekannt gemacht wird. Die außerordentliche Citation ist daher wieder von zweyerley Art, entweder die Real, oder die Verbal-Citation[60]). Erstere, welche durch persönliche Arretirung des Vorzuladenden geschieht, findet in folgenden Fällen statt[61]).

1) Wenn wider eine Person, eines begangenen schweren Verbrechens wegen, ein gegründeter Verdacht vorhanden, und nach allen Umständen wahrscheinlich ist, daß eine Strafe am Leibe oder Leben statt finden werde.

2) Wenn der Vorzuladende der Flucht wegen verdächtig ist. Und zwar kann in diesem Falle nicht nur wegen geringer Verbrechen, in so fern der Angeschuldigte ein

60) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de citatione extraordinaria. *Ienae* 1704.

61) S. *Frid.* POSNER Decisiones de citatione reali. *Lipſ.* 1704. Anton Schulting in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. sieht die Realcitation blos als ein remedium praecavendi an, ne in ius vocatio effectu careat, und verwirft daher diese Eintheilung; allein, wie mich dünkt, ohne hinreichenden Grund.

ein Mensch von geringem Stande wäre, auch keine genugsame Caution zu bestellen vermögend seyn sollte; sondern auch in blosen Civil- und Schuldsachen eine gefängliche Einziehung statt finden [62]). Jedoch erfordert man in diesem letztern Fall, daß der Schuldner mit keinem hinlänglichen Vermögen angesessen sey, auch der Kläger seine Forderung bescheiniget habe [63]).

3) Wenn sich der Schuldner durch Verschreibung nach Wechselrecht zum Personalarrest verbindlich gemacht hat. Und endlich

4) wenn sich der Beklagte beharrlich ungehorsam gegen den Richter bezeigt, in welchem Fall Personen vom geringern Stande durch die Wache abgeholet werden können [64]).

§. 223.

Ausserordentliche Verbal- oder öffentliche Ladung. Besondere Ursachen der Edictalcitation.

Die außerordentliche Verbalcitation geschiehet durch öffentliche Bekanntmachung der Ladung, und wird daher auch eine öffentliche Citation genennt. Sie kann auf verschiedene Art geschehen; entweder mündlich, z. B. in der Kirche von der Kanzel, durch einen Herold nach vorhergegangenem Trommelschlag, oder Läutung der Glocken, auf öffentlichen Plätzen, oder schriftlich durch einen öffentlichen Anschlag in drey

62) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 2. Th. 10. Abschnitt 5. Kap. §. 646. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 18. sqq.

63) WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

64) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes. §. 96.

drey verschiedener Herren Landen oder doch in drey verschiedenen Gerichtsbezirken. Diese letztere Art der öffentlichen Ladung wird eine Edictalcitation[65]) genennt, und auch in die Zeitungen und Intelligenzblätter eingerückt. Sie kann nur, als Ausnahme von der Regel, dann statt finden, wenn die Privatladung unanwendbar ist. Die besondern Ursachen einer Edictalcitation[66]) sind von dreyerley Art:

1) wenn die Namen der zu Citirenden unbekannt sind. Dieß ist der Fall

a) bey Gläubigern, wenn ein Concurs eröfnet wird[67]), oder wenn der Erbe die Erbschaft mit der Wohlthat des Inventariums antritt, und ihm daran liegt, zu wissen, was für Schulden der Verstorbene hinterlassen, um bey sich überlegen zu können, ob er die Erbschaft behalten, oder lieber an die Gläubiger abtreten solle[68]).

Ferner

65) S. *Iust.* BARCKHAUSEN Diss. de citatione edictali. Marb. 1680. *Petr.* SCHULZ Diss. eiusd. arg. *Francof.* 1698. et *Godofr. Reinh.* KOESELISII Dissertat. praeside *Gebh. Christ.* BASTINELLERO def. *Vitemb.* 1718.

66) Vergl. *Andr. Aug.* HERING Diss. de causis citationis edictalis praes. *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL def. *Vitembergae* 1791. 4.

67) Bekannte Gläubiger werden durch eine an sie gerichtete Privatcitation zusammenberufen, aber unbekannte durch Edictalien. S. *Ioach.* FRICK Diss. de edictali creditorum citatione, vulgo proclamate. *Kilonii* 1729. Hrn. von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger. 2. Abschn. 1. Abth. §. 15. ff. von Cramer Wetzlar. Nebenstunden Th. XI. S. 1. und Th. XXII. S. 127. ff.

68) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decis. P. I. Resp. IX. n. 10. sqq. Daß alle diejenigen, die sich in dem peremtorischen Termin als Gläubiger nicht gemeldet, durch ein gerichtliches Erkenntniß mit ihren nicht angebrachten Forderungen

Ferner wenn jemand ein Grundstück kauft, und entweder eine Entwährung, oder, daß solches etwa mit Hypotheken beschwert seyn möchte, besorgt, so kann er um eine Edictalcitation bitten. Eine Cautel, die besonders Gaill[69]) empfiehlt. Hierher gehört auch der Fall, wenn eine Societät aufgehoben wird, und die Mitglieder derselben wissen wollen, wer etwa noch eine Forderung an die gemeinschaftliche Casse habe.

b) Bey Erben, wenn sie unbekannt sind, und die Frage ist, ob die Verlassenschaft des Verstorbenen dem Fiscus zugefallen sey. Die Gesetze schreiben in diesem Falle die Edictalcitation ausdrücklich vor[70]). Diese kann zwar auch in dem Fall erlassen werden, wenn zu vermuthen ist, daß außer denen, die sich bereits zur Erbschaft gemeldet haben, noch mehrere gleich nahe oder vielleicht noch nähere Erben vorhanden seyn möchten; allein die Wirkung der Präclusion wird wenigstens in diesem Fall nicht eintreten können, weil die Erbschaftsklage erst in 30 Jahren verjährt wird, und diese den Erben in den Gesetzen ausgeschlossen werden können, ist an sich ausser Zweifel. Jedoch erinnert *Frid. Es.* a PUFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 86. §. 4. daß die Präclusion den Gläubigern, die sich nicht gemeldet, alsdann nichts schade, wenn der Erbe in lucro sich befindet, weil die Edictalcitation blos zur Sicherheit und Schadensverhütung des Erben, nicht aber zum Behuf eines Gewinnes verfügt werde. Da nun das beneficium inventarii den Erben ohnehin schon gegen allen besorglichen Schaden sichert, mithin um diejenigen Gläubiger, die nach erschöpfter Erbmaße sich noch etwa melden möchten, auszuschließen, keine Edictalcitation nöthig ist, so wird diese Ladung solchemnach den Erben nicht viel helfen.

69) Lib. I. Obs. 57. n. 9.

70) *L. ult. Cod. de bon. vacant.*

Gesetzen vergönnte Zeit durch eine Edictalcitation keinesweges beschränkt werden kann [71]). Die Edictalladung findet auch bey Depositen statt, wenn die Erben des Deponenten unbekannt sind.

2) Wenn zwar die Namen, aber nicht der Aufenthalt und Wohnort der Vorzuladenden bekannt ist. Dies ist der Fall bey Vagabonden, welche nirgends einen gewissen und beständigen Aufenthalt haben, auch an dem Orte, wo man sie belangt, nicht angetroffen werden [72]); deßgleichen bey Verschollenen, welche nicht eher, als nach geschehener Edictalcitation, für todt erklärt werden können [73]). Fer-

71) S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 106. pag. 165. sqq. **u. von Trützschler a. a. O. 3. Abschn. §. 17. S. 140. f.**

72) Z. B. **wenn die Klage** in foro rei sitae **oder** in foro originis **oder an dem Orte angestellet wird, wo der Vagabond sonst sein** domicilium **hatte.** S. BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. T. IV. §. 1. Not. 6. **Die Edictalcitation ist an den Orten anzuschlagen, wo man vermuthen kann, daß der Vorzuladende am ersten Nachricht davon erhalten werde, die Rechtsgelehrten sagen,** *ubi solitus est vagabundus conversari.* S. GAILL lib. I. Obs. 57. n. 4. CARPZOV lib. II. Resp. 25. n. 10. et 11. BASTINELLER cit. Diss. §. 6. et 7. **Uebrigens ist bey Erlassung einer solchen Edictalcitation dem Richter alle Behutsamkeit zu empfehlen, damit er nicht aus Uebereilung Jemand für einen Vagabonden halte, der diesen Namen nicht verdient.** Nam nemo praesumitur vagabundus. THOMASIUS in Tr. de vagabundo s. eo, qui est sine domicilio Cap. II. §. 127. sqq.

73) S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de citatione edictali in hereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione. *Lipsiae* 1791. **Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten I. Th. S. 338. ff.**

ner bey abwesenden Miterben[74], beym Desertions-Proceß wider einen entwichenen Ehegatten[75], bey entflohenen Verbrechern[76], u. d.

3) Wenn zwar beydes, Name und Aufenthalt desjenigen, welcher vorzuladen, bekannt ist, aber die Privatladung nicht wohl insinuirt werden kann. Dahin gehört, wenn der Vorzuladende die Einhändigung der Privatcitation auf alle mögliche Art zu hindern sucht[77], oder wenn eine aus-

74) S. Kleins Annalen IV. Band S. 230. ff.

75) *Sam.* STRYK in Diss. de desertione coniugum malitiosa §. 38. CARPZOV in Iurisprud. eccles. s. consistor. Lib. III. Tit. V. def. 62. **Ist der Aufenthalt des Entwichenen bekannt, so findet nur eine Privatladung statt.** LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCXIV. med. 2.

76) BASTINELLER cit. Diss. §. 18 — 20.

77) *Cap.* 10. X. *de dolo et contum.* *Clem.* 1. *de iudiciis.* **Zwar meint** GAILL lib. I. Obs. 55. n. 4. **daß in diesem Falle die Ladung für insinuirt zu halten, und der Richter, ohne eine Edictalcitation zu verfügen, so gleich zum Definitiverkenntniß zu schreiten berechtigt sey; allein die Gesetze verordnen hier die Edictalcitation als ein weit sichereres Mittel, weil** dolus **des Vorzuladenden doch nicht immer ausser Zweifel ist. Diesem ist auch** *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innov.* **nicht entgegen, denn vermöge dieser Verordnung soll nur zur Bewirkung einer Rechtshängigkeit** citatio pro insinuata **gehalten werden,** si per citandum factum est, quominus ea ad notitiam eius perveniret. S. ALTESERRA in libros Clementinar. Commentarios lib. II. Tit. 5. pag. 48. *edit. Halensis.* **und** BASTINELLER cit. Diss. §. 13. **Sollten etwa in der Abwesenheit des Vorzuladenden blos desselben Dienstboten die Insinuation der Ladung zu behindern suchen, so muß der Richter vor allen Dingen die Zurückkunft des Abwesenden ab-**

auswärtige Gerichtsobrigkeit, auf geschehene Requisition des ordentlichen Richters, die gebetene Citation zu besorgen oder dem Vorzuladenden einhändigen zu lassen ohne rechtmäsige Ursache verweigert [78]). Wäre der requirirte Richter, welcher die Einhändigung der Ladung zu besorgen verweigert, mit dem requirirenden in eben demselben Territorium und folglich eben demselben Oberrichter unterworffen, so findet eigentlich keine Edictalcitation statt, sondern Requirent muß sich an den Oberrichter wenden, und diesen bitten, daß er den requirirten Richter zu seiner Schuldigkeit mit gebührenden Zwang anhalte [79]), es wäre denn, daß auch der Oberrichter seine Hülfe versagte, in welchem Falle der requirirende Richter doch noch zur Edictalcitation schreiten kann [80]). Auf jedem Fall ist es indessen, ehe man damit wirklich verfährt, rathsam und billig, die Requisition nochmals zu wiederholen, und dabey dem requirirten Richter zu erkennen zu geben, daß man bey fernerer Verweigerung der zu verfügen gebetenen Ladung, sich der Edictalcitation unfehlbar bedienen werde [81]). Zu dieser dritten

abwarten, und die Privatladung wiederholen, ehe er zur Edictalcitation schreiten darf. S. HERING cit. Diss. §. 6. pag. 56.

78) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 5. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXII. medit. 5. Struben in den rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 189.

79) GRIEBNER in Princip. processs. iudic. Lib. I. Cap. I. Sect. II. §. 6. not. d. HERING cit. Diss. §. 6. pag. 57.

80) ENGAU in Decis. P. I. Dec. 510.

81) BARTH in Hodegeta for. Cap. I. §. 14. HERING in Diss. cit. pag. 58.

Classe von Ursachen wird in dem canonischen Recht[82]) auch noch die gerechnet, wenn der Aufenthalt des Vorzuladenden nicht sicher genug ist, um ihm selbst die Ladung ohne Gefahr behändigen zu lassen. Man versteht dieß gewöhnlich von solchen Fällen, wenn an dem Orte, wo der Vorzuladende sich befindet, Krieg ist, oder die Pest graßirt[83]). Allein Krieg und Pest geben an sich der Edictalcitation keinen Platz, sondern es scheint wohl, wenn wir die angeführten Stellen des Canonischen Rechts mit einander vergleichen, eigentlich der Fall gemeint zu seyn, wenn die eigene Macht oder Bosheit des vorzuladenden den Ort seines Aufenthalts unsicher, und daher die Einhändigung der Ladung gefährlich macht[84]). Endlich behauptet man noch, daß wenn die Insinuation einer Privatladung mit zu grosser Beschwerlichkeit verknüpft wäre, z. B. wegen grosser Zahl der Vorzuladenden, welches der Fall beym Concurs der Gläubiger seyn kann, oder wegen zu weiter Entfernung des Wohnorts der Vorzuladenden, eine Edictalladung sofort verfügt werden könne[85]). Allein die blose Beschwerlichkeit in Behändigung einer Privatladung ist an sich zur Erlassung der Edictalen nicht für hinreichend zu halten; da die Edictalcitation nur als eine subsidiarische angesehen wird,

82) *Clem.* 1. *de iudic. Clem. un. de foro comp. Clem.* 3. *de elect. Cap.* 13. *de offic. deleg. in* 6*to.*

83) STRYK Introduct. ad praxin for. Cap. IV. §. 3. BASTINELLER cit. Diss. §. 11.

84) S. GAILL in Observat. pract. Lib. I. Cap. 57. n. 2. und HERING cit. Diss. pag. 59.

85) BARCKHAUSEN cit. Diss. de citat. edict. §. 24. MEVIUS Part. VIII. Decis. 251. n. 3—5. BASTINELLER cit. Diss. §. 12. TERMINEUS in Processu Cap. 12.

wird, welche anders nicht statt findet, als wenn es unmöglich ist, daß die ordentliche Ladung Platz greife; zumal, da jene Art der Citation gewissermassen pro ignominiosa gehalten wird, und daher bey Personen, deren Auffenthalt bekannt ist, keinesweges angewendet werden darf [86]). Uebrigens kann ein jeder Richter, er sey ordentlicher oder ein delegirter, ein Ober- oder Unterrichter, edictaliter citiren, sofern er in der Sache, in welcher eine solche Citation zu erlassen ist, den Vorzuladenden, wenn nur dieses möglich gewesen wäre, privatim hätte citiren können [87]). Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten diese Befugniß den Unterrichtern und Commissarien schlechthin absprechen wollen [88]).

§. 224.

Verschiedene Arten der ordentlichen Ladung.

Die ordentliche Citation, welche demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, besonders mit Worten bekannt gemacht wird, kann entweder eine mündliche oder schriftliche seyn. Die Erstere findet in dem summarischen, die letztere aber in dem ordentlichen Pro-

86) Eben so urtheilt der Verfasser der angef. Abhandl. über die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger (Leipzig 1781. 8.) 2. Abschn. 1. Abtheil. §. 18. Siehe auch HERING cit. Diss. pag. 60.

87) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Progr. de iudice edictaliter citante. *Vitembergae* 1791. 4.

88) Z. B. MARANTA in Specul. aur. P. VI. Tit. de citat n 82. GAILL. lib. I. Obs. 57. n. 13. RULANT de Commissar. P. I. lib. V. cap. 3. n. 26. Allein *L.* 2. *D de iurisdict.* und die *Auth.* Qui semel *Cod. quomodo et quando iudex.* widerlegen diese Träume von selbst.

aufgehalten und gehindert werden [34]). Für diese Erklärung spricht wenigstens der natürliche Verstand der Worte, und auch die Basiliken bestätigen sie [35]). Daher auch die meisten Rechtsgelehrten sie annehmen [36]). Ein gleiches Vorrecht wird weiter denen zugestanden, welche eine Heyrath vollziehen, nicht weniger den Richtern, (Iudicibus pedaneis, Centumviris etc. [37]), wenn sie in Untersuchung eines Rechtshandels begriffen sind. Auch soll kein Advocat, indem er die Sache seines Clienten bey dem Prätor vorträgt, seiner eigenen Schuld wegen vocirt werden; so, dünkt mich, liesen sich wohl die Worte Ulpians, *dum quis apud Praetorem causam agit*, am besten

34) Daß zu öffentlichen Angelegenheiten Pferde auf Kosten des Staats unterhalten worden sind, die man *equos publicos* auch *cursuales*, *veredos*, nannte, ist eine bekannte Sache. Die Erlaubniß, sich derselben zu bedienen, hieß *Evectio*, und wurde durch ein *diploma* ertheilt. *L.* 157. *D. de Verb. obl.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentario ad Cod. Theod. tit. de cursu publico, und BERGIERIUS de viis militaribus lib. IV. c. 12.

35) *Lib. VII. Tit.* 8. wo die Worte Ulpians folgendergestalt erklärt werden: Τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ὁδεύοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ: d. i. *neque eum, qui propter publicam causam cursu publico transvehitur.*

36) *Marqu.* FREHER in Parergis Lib. II. cap. 18. *Io.* CORASIUS in Miscellaneis Lib. I. cap. 11. pag. 29. *Io. Erhard.* KAPP in Diss. de annua equitum Rom. transvectione et de eorundem recognitione seu censura. *Lipsiae* 1734. Cap. II. §. 30. *van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante lit. contest. fiebant. Cap. II. §. 22. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 22. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Dig. h. t. §. 6. und ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. VII. pag. 317.

37) S. den 1sten Abschnitt dieses 3ten Bandes §. 190. S. 57. ff.

besten erklären. Diesen fügt endlich Ulpian auch noch diejenigen bey, welche mit Bestattung oder Begleitung einer Leiche zu thun haben [38]), oder auch den Gedächtnißtag eines Verstorbenen feyern. Denn auch diese Gedächtnißfeyer wird unter dem Ausdruck *iusta facere* begriffen [39]). In dem andern Theile seines Edicts verordnete der Prätor, daß weder Eltern noch Patrone, und überhaupt solche Personen, denen man eine besondere Ehrerbietung zu erweisen schuldig ist, ohne obrigkeitliche Erlaubniß, nicht vor Gericht gezogen werden sollten [40]). Konnte der Kläger den Beklagten nicht habhaft werden, er hielt sich z. B. beständig zu Hause, denn niemanden durfte man aus seinem Hause vor Gericht schleppen [41]),

38) Die Redensart *iusta facere* heißt nicht blos, wie die Glosse selbige erklärt, corpus lavare defuncti, sondern illa praestare quae curando cadaveri, funeri adornando et exsequiis parandis erant necessaria, wie Arntzenius in cit. Diss. Cap. VIII. S. 326 ausführlich zeigt. Die Römer pflegten gewöhnlich ihre Todten erst am neunten Tage zu beerdigen, wie GUTHERIUS de iure manium Lib. I. cap. 16. und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. lib. III. cap. 2. erwiesen. War der Leichnam am neunten Tage begraben, so geschahe am folgenden Tage die Lustration, und dann wurden die feriae denicales gefeiert, welche auch drey Tage dauerten. Während dieser ganzen Zeit durfte nun Niemand vocirt werden. S. TROTZ de memoria propagata pag. 527.

39) S. ARNTZENIUS in Specimine Observationum (*Leovardiae* 1761. 8.) Cap. VII. p. 38. sqq. und GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 11.

40) *L.* 4. §. 1. *D. L.* 13. *D. h. t. L.* 1. *C. eod. L.* 7. §. 4. *D. de obsequ. parent. et patron. praest.*

41) *L.* 18. *D. h. t.* — quia domus tutissimum cuique refugium et receptaculum est, eumque, qui inde in ius vocaret, vim inferri videri. Add. CICERO pro domo cap. 41.

so mußte die Ladung durch den Executor oder Gerichtsdiener oder durch öffentlichen Anschlag (Edictum) bewirket werden [42]). Diese öffentliche oder gerichtliche Ladung durch den Executor scheint in der Folge das gewöhnliche Mittel geworden zu seyn, dessen sich die Vornehmern bedienten, wenn sie an Jemand etwas zu fordern hatten [43]). Die Privatvocation ist indessen niemals durch ein ausdrückliches Gesetz aufgehoben worden, sondern nur nach und nach ist sie abgekommen. Ja noch zu Justinians Zeiten muß es den Klägern erlaubt gewesen seyn, sich derselben zu bedienen, weil nicht zu glauben ist, daß die Verfasser unserer Pandecten von einer blossen Antiquität so ausführlich gehandelt haben würden [44]). Von der vocatio in ius war übrigens sowohl die citatio als litis denunciatio verschieden. Erstere geschahe im Gericht, wenn die daselbst gegenwärtigen Partheyen auf Befehl des Prätors durch den Práco aufgeruffen wurden, um ihre Sache pro Tribunali vorzutragen. [45]). Letztere hingegen war die obrigkeitliche Ankündigung einer

wider

42) L. 75. D. *de iudic.*

43) §. 24. 25. *et* 26. I. *de action.* L. 2. §. 1. D. *si quis in ius vocat.* L. 5. L. 82. D. *de iudic.* L. 25. Cod. *de Episcop. et cleric.* L. 3. L. 7. C. *de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* L. 3. C. *de annal. except.* u. L. 5. C. *de ingen. manum.*

44) Eben so denken VULTEIUS in Disceptat. schol. pag. 23. SLEVOGT in cit. Dissertat. pag. 30. und *van* HEES in cit. Dissertat. Cap. II. §. 35. Allein ARNTZENIUS in Diss. ad L. 2. D. h. t. Cap. II. in fin. pag. 271. ist anderer Meinung.

45) L. 7. D. *de restitut. in integr.* Man sehe hiervon *Barn.* BRISSONIUS de Formul. et solemnib. pop. Rom. verbis Lib. V. Nr. CXCI. Ebenderselbe de Verbor. significat. voc. *citare.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digest. h. t. §. 31—33. behauptet, die Citation sey ad iudicem pedaneum geschehen. Allein der angef. L. 7. widerlegt diese Meinung.

wider den Beklagten gerichtlich übergebenen Klage, und Ladung desselben vor das Gericht [46]). Der Kläger pflegte nämlich in neuern Zeiten seine Klage schriftlich im Gericht zu übergeben, die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift (libellum conventionis) durch den Gerichtsboten (viatorem, s. executorem litis) dem Beklagten, mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, insinuiren. Der Beklagte mußte den Klaglibell unterschreiben, mit Bemerkung der Zeit, wenn ehe ihm derselbe zugestellet worden, und dem Gerichtsdiener die Insinuationsgebühren bezahlen, die sich nach dem Gegenstand der Klage richten [47]). Diese litis denunciatio ist also mit derjenigen nicht zu verwechseln, die wir oben (§. 205. 206.) als eine Art der Prorogation der Gerichtsbarkeit betrachtet haben.

§. 220.

Heutiger Gebrauch der römischen in ius vocatio. **Von welcher Handlung nimmt der Proceß h. z. T. seinen Anfang?**

Nach heutiger Gerichtsverfassung geschieht die Vorladung des Beklagten gewöhnlich durch Verordnung des Richters, und wird *Citatio* genennt. Die römische in ius vocatio privata findet daher in der Regel nicht mehr statt,

46) Nicht nur in den Gesetzen der Pandecten geschieht derselben Erwähnung, *L. 7. D. de inoff. testam. L. 20. §. 11. D. de hered. petit.* sondern es kommt auch in Cod. Theodos. lib. II. ein ganzer Titel (Tit. IV.) *de litis denunciatione* vor. Add. *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sent.* Von dieser habe ich in meinen Opusc. Fasc. II. S. 356. ff. ausführlich gehandelt.

47) *Nov. LIII. cap. 3. Nov. CXII. cap. 2. §. 24. I. de actionib.* Conf. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

statt, und von dem Edict des Prätors, worin er einige Personen gar nicht, andere nicht ohne seine Erlaubniß vor Gericht zu fordern verordnete, ist ebenfalls kein Gebrauch zu machen. Man kann daher nach heutigem Rechte nicht nur obrigkeitliche Personen während ihres Amts vor Gericht belangen, sondern auch Eltern können vor das Gericht geladen werden[48]). Das bey den Römern nöthige Gesuch um Erlaubnis fällt, in so fern die Citation durch den Richter verfügt wird, von selbst weg[49]). Wozu also die Bemerkung der Verwandschaft des Klägers mit dem Beklagten, und der dem letztern schuldigen Ehrerbietung, in der Klagschrift? welche Stryk[50]) und Böhmer[51]) noch heutiges Tages für nöthig halten wollen, deren Meinung Wernher[52]) gründlich widerlegt hat. Wie aber, wenn ein Kläger heut zu Tage dennoch seinen Gegner, ohne Mitwirkung der Obrigkeit desselben, vor Gericht gefordert hätte? Man unterscheide, der Kläger war entweder in Gefahr, das Seinige zu verlieren, weil der Schuldner im Begriff war, sich auf die Flucht zu begeben, oder nicht. Im ersten Fall findet, nach der Meinung angesehener Rechtsgelehrten, auch noch heutiges Tages die in ius vocatio privata statt, und es ist für keine strafwürdige Selbsthülfe anzusehen, wenn auch der Gläubiger seinen Schuldner

48) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. LAUTERBACH in Coll. Pandect. Theor. pract. h. t. §. 14.

49) S. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 5. et sqq.

50) in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 2.

51) in doctrina Digest. h. t. §. 3.

52) in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 3.

ner obtorto collo vors Gericht geschleppt hätte [53]). Im andern Fall hat der Kläger entweder Gewalt gebraucht, oder nicht. In jenem Falle verdient die Thathandlung des Klägers Ahndung, in diesem aber ist der Beklagte entweder dem Rufe des Klägers zu Folge gutwillig vor Gericht erschienen, oder nicht. Im erstern Falle hat der Beklagte durch sein Erscheinen die Handlung des Klägers genehmiget, und die Einrede einer nicht gehörig geschehenen Citation findet nicht statt [54]); im letztern Fall hingegen ist die geschehene Vocation ohne Wirkung, und der ausgebliebene Gegner kann keines Ungehorsams beschuldigt, aber auch der Kläger nicht iniuriarum dieserhalb belangt werden, da der Antrag desselben an den Beklagten, mit ihm vor Gericht zu gehen, an sich für keine unerlaubte Handlung angesehen werden kann [55]). Hieraus läßt sich nun auch die Frage entscheiden, von welcher Handlung heutiges Tages der Proceß seinen Anfang nehme [56])? In der Regel fängt sich der Proceß mit dem Anbringen der Klage an, es mag nun solches mündlich oder schriftlich geschehen. Wenn in dem cap. 1. X. de libelli oblat. gesagt wird: *iudex non debet admittere actorem ad litigandum, nisi prius libellum in scriptis*

53) GAILL in Observat. pract. Lib. II. Obs. 44. COCCEJI in Iure Civ. controv. cit. loc. Qu. 2. in fin. SLEVOGT in Diss. de in ius vocatione antiqua et nova pag. 30. Add. *L.* 10. §. 16. *D. quae in fraud. creditor.*

54) *Quia citationis effectus est comparitio, et ideo sufficit, reum comparuisse, nec ei prodest, si alleget, se illegitime citatum.* S. MYNSINGER in Observat. Cameral. Centur. II. Obs. 18.

55) SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 31. sq.

56) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de litis iudicialis initio. *Vitemb.* 1778.

tis offerat, so ist dieses von dem ordentlichen bürgerlichen Proceß zu verstehen, in welchem die Klage schriftlich angebracht werden muß [57]). Denn im summarischen Proceß kann das Anbringen der Klage auch mündlich geschehen [58]). Auf dieses Anbringen des Klägers folgt erst die Citation des Beklagten. Daß jedoch zuweilen auch noch h. z. T. der Proceß mit der in ius vocatio seinen Anfang nehmen könne, ergiebt sich aus dem, was oben von dem heutigen Gebrauch derselben gesagt worden ist.

§. 221.

Begriff der heutigen Citation.

Unter der Citation oder richterlichen Ladung wird heut zu Tage überhaupt die ausdrückliche Verordnung des competenten Richters verstanden, daß Jemand in Person oder durch einen genugsam legitimirten Bevollmächtigten, zu oder binnen einer bestimmten Zeit, vor Gericht erscheinen, und daselbst eine gerichtliche Handlung vornehmen solle. Insbesondere aber ist sie bey dem Anfange eines Rechtsstreits eine Auflage des gehörigen Richters an den Beklagten, daß er wegen der vom Kläger wider ihn angebrachten Klage, in einem deshalb bestimmten Termin, vor Gericht erscheinen, die Nothdurft geziemend beobachten, und eines richterlichen Ausspruchs gewärtigen solle [59]).

§. 222.

57) *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. II. Tit. III. §. 2. *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 559. sqq. Hr. Hofr. Oelze in der Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 66.

58) *Clement. 2. de Verb. Signif.*

59) Hofmanns teutsche Reichspraxis. I. Th. §. 261. *Io. Tob.* REINHARDT potissima capita et cautelae ex doctrina de citatione. *Erf.* 1731. *Car. Lud.* BERGER Diss. de citatione *Argentor.* 1779.

§. 222.

Eintheilungen derselben.

Die Citation ist nun, wenn wir auf die Art und Weise sehen, wie sie geschiehet, sehr verschieden. Man theilt sie in die ordentliche und die außerordentliche ein. Erstere wird diejenige genennt, welche durch eine blose Insinuation demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, besonders, und zwar entweder mündlich oder schriftlich, bekannt gemacht wird; letztere aber diejenige, welche außer der Ordnung durch Verhaftnehmung des Vorzuladenden bewirkt, oder öffentlich bekannt gemacht wird. Die außerordentliche Citation ist daher wieder von zweyerley Art, entweder die Real, oder die Verbal-Citation[60]. Erstere, welche durch persönliche Arretirung des Vorzuladenden geschieht, findet in folgenden Fällen statt[61].

1) Wenn wider eine Person, eines begangenen schweren Verbrechens wegen, ein gegründeter Verdacht vorhanden, und nach allen Umständen wahrscheinlich ist, daß eine Strafe am Leibe oder Leben statt finden werde.

2) Wenn der Vorzuladende der Flucht wegen verdächtig ist. Und zwar kann in diesem Falle nicht nur wegen geringer Verbrechen, in so fern der Angeschuldigte ein

60) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de citatione extraordinaria. *Ienae* 1704.

61) S. *Frid.* POSNER Decisiones de citatione reali. *Lipſ.* 1704. Anton Schulting in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. sieht die Realcitation blos als ein remedium praecavendi an, ne in ius vocatio effectu careat, und verwirft daher diese Eintheilung; allein, wie mich dünkt, ohne hinreichenden Grund.

ein Mensch von geringem Stande wäre, auch keine genugsame Caution zu bestellen vermögend seyn sollte; sondern auch in blosen Civil- und Schuldsachen eine gefängliche Einziehung statt finden [62]). Jedoch erfordert man in diesem letztern Fall, daß der Schuldner mit keinem hinlänglichen Vermögen angesessen sey, auch der Kläger seine Forderung bescheiniget habe [63]).

3) Wenn sich der Schuldner durch Verschreibung nach Wechselrecht zum Personalarrest verbindlich gemacht hat. Und endlich

4) wenn sich der Beklagte beharrlich ungehorsam gegen den Richter bezeigt, in welchem Fall Personen vom geringern Stande durch die Wache abgeholet werden können [64]).

§. 223.

Ausserordentliche Verbal- oder öffentliche Ladung. Besondere Ursachen der Edictalcitation.

Die ausserordentliche Verbalcitation geschiehet durch öffentliche Bekanntmachung der Ladung, und wird daher auch eine öffentliche Citation genennt. Sie kann auf verschiedene Art geschehen; entweder mündlich, z. B. in der Kirche von der Kanzel, durch einen Herold nach vorhergegangenem Trommelschlag, oder Läutung der Glocken, auf öffentlichen Plätzen, oder schriftlich durch einen öffentlichen Anschlag in drey

62) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 2. Th. 10. Abschnitt 5. Kap. §. 646. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 18. sqq.

63) WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

64) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes. §. 96.

drey verschiedener Herren Landen oder doch in drey verschiedenen Gerichtsbezirken. Diese letztere Art der öffentlichen Ladung wird eine Edictalcitation[65]) genennt, und auch in die Zeitungen und Intelligenzblätter eingerückt. Sie kann nur, als Ausnahme von der Regel, dann statt finden, wenn die Privatladung unanwendbar ist. Die besondern Ursachen einer Edictalcitation[66]) sind von dreyerley Art:

1) wenn die Namen der zu Citirenden unbekannt sind. Dieß ist der Fall

a) bey Gläubigern, wenn ein Concurs eröfnet wird[67]), oder wenn der Erbe die Erbschaft mit der Wohlthat des Inventariums antritt, und ihm daran liegt, zu wissen, was für Schulden der Verstorbene hinterlassen, um bey sich überlegen zu können, ob er die Erbschaft behalten, oder lieber an die Gläubiger abtreten solle[68]).

Ferner

65) S. *Iust.* BARCKHAUSEN Diss. de citatione edictali. Marb. 1680. *Petr.* SCHULZ Diss. eiusd. arg. *Francof.* 1698. et *Godofr. Reinh.* KOESELISII Dissertat. praeside *Gebh. Christ.* BASTINELLERO def. *Vitemb.* 1718.

66) Vergl. *Andr. Aug.* HERING Diss. de causis citationis edictalis praes. *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL def. *Vitembergae* 1791. 4.

67) Bekannte Gläubiger werden durch eine an sie gerichtete Privatcitation zusammenberufen, aber unbekannte durch Edictalien. S. *Ioach.* FRICK Diss. de edictali creditorum citatione, vulgo proclamate. *Kilonii* 1729. Hrn. von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger. 2. Abschn. 1. Abth. §. 15. ff. von Cramer Wetzlar. Nebenstunden Th. XI. S. 1. und Th. XXII. S. 127. ff.

68) *Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decis. P. I. Resp. IX. n. 10. sqq. Daß alle diejenigen, die sich in dem peremtorischen Termin als Gläubiger nicht gemeldet, durch ein gerichtliches Erkenntniß mit ihren nicht angebrachten Forderungen

Ferner wenn jemand ein Grundstück kauft, und entweder eine Entwährung, oder, daß solches etwa mit Hypotheken beschwert seyn möchte, besorgt, so kann er um eine Edictalcitation bitten. Eine Cautel, die besonders Gaill[69]) empfiehlt. Hierher gehört auch der Fall, wenn eine Societät aufgehoben wird, und die Mitglieder derselben wissen wollen, wer etwa noch eine Forderung an die gemeinschaftliche Casse habe.

b) Bey Erben, wenn sie unbekannt sind, und die Frage ist, ob die Verlassenschaft des Verstorbenen dem Fiscus zugefallen sey. Die Gesetze schreiben in diesem Falle die Edictalcitation ausdrücklich vor[70]). Diese kann zwar auch in dem Fall erlassen werden, wenn zu vermuthen ist, daß außer denen, die sich bereits zur Erbschaft gemeldet haben, noch mehrere gleich nahe oder vielleicht noch nähere Erben vorhanden seyn möchten; allein die Wirkung der Präclusion wird wenigstens in diesem Fall nicht eintreten können, weil die Erbschaftsklage erst in 30 Jahren verjährt wird, und diese den Erben in den Gesetzen

ausgeschlossen werden können, ist an sich ausser Zweifel. Jedoch erinnert *Frid. Es.* a PUFENDORF in Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 86. §. 4. daß die Präclusion den Gläubigern, die sich nicht gemeldet, alsdann nichts schade, wenn der Erbe in lucro sich befindet, weil die Edictalcitation blos zur Sicherheit und Schadensverhütung des Erben, nicht aber zum Behuf eines Gewinnes verfügt werde. Da nun das beneficium inventarii den Erben ohnehin schon gegen allen besorglichen Schaden sichert, mithin um diejenigen Gläubiger, die nach erschöpfter Erbmaße sich noch etwa melden möchten, auszuschließen, keine Edictalcitation nöthig ist, so wird diese Ladung solchemnach den Erben nicht viel helfen.

69) Lib. I. Obs. 57. n. 9.

70) *L. ult. Cod. de bon. vacant.*

Gesetzen vergönnte Zeit durch eine Edictalcitation keines-weges beschränkt werden kann [71]). Die Edictalladung findet auch bey Depositen statt, wenn die Erben des Deponenten unbekannt sind.

2) Wenn zwar die Namen, aber nicht der Aufenthalt und Wohnort der Vorzuladenden bekannt ist. Dies ist der Fall bey Vagabonden, welche nirgends einen gewissen und beständigen Aufenthalt haben, auch an dem Orte, wo man sie belangt, nicht angetroffen werden [72]); deßgleichen bey Verschollenen, welche nicht eher, als nach geschehener Edictalcitation, für todt erklärt werden können [73]). Fer-

71) S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 106. pag. 165. sqq. **u. von Trützschler a. a. O. 3. Abschn. §. 17. S. 140. f.**

72) **Z. B. wenn die Klage** in foro rei sitae **oder** in foro originis **oder an dem Orte angestellet wird, wo der Vagabond sonst sein** domicilium **hatte.** S. BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. T. IV. §. 1. Not. 6. **Die Edictalcitation ist an den Orten anzuschlagen, wo man vermuthen kann, daß der Vorzuladende am ersten Nachricht davon erhalten werde, die Rechtsgelehrten sagen,** *ubi solitus est vagabundus conversari.* S. GAILL lib. I. Obs. 57. n. 4. CARPZOV lib. II. Resp. 25. n. 10. et 11. BASTINELLER cit. Diss. §. 6. et 7. **Uebrigens ist bey Erlassung einer solchen Edictalcitation dem Richter alle Behutsamkeit zu empfehlen, damit er nicht aus Uebereilung Jemand für einen Vagabonden halte, der diesen Namen nicht verdient.** Nam nemo praesumitur vagabundus. THOMASIUS in Tr. de vagabundo s. eo, qui est sine domicilio Cap. II. §. 127. sqq.

73) S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de citatione edictali in hereditatis absentium ob mortem praesumtam petitione. *Lipsiae* 1791. **Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten I. Th. S. 338. ff.**

ner bey abwesenden Miterben[74], beym Desertions-Proceß wider einen entwichenen Ehegatten[75], bey entflohenen Verbrechern[76], u. d.

3) Wenn zwar beydes, Name und Aufenthalt desjenigen, welcher vorzuladen, bekannt ist, aber die Privatladung nicht wohl insinuirt werden kann. Dahin gehört, wenn der Vorzuladende die Einhändigung der Privatcitation auf alle mögliche Art zu hindern sucht[77], oder wenn eine aus-

74) S. Kleins Annalen IV. Band S. 230. ff.

75) *Sam.* STRYK in Diss. de desertione coniugum malitiosa §. 38. CARPZOV in Iurisprud. eccles. s. consistor. Lib. III. Tit. V. def. 62. **Ist der Aufenthalt des Entwichenen bekannt, so findet nur eine Privatladung statt.** LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. V. Spec. CCCXIV. med. 2.

76) BASTINELLER cit. Diss. §. 18 — 20.

77) *Cap.* 10. X. *de dolo et contum. Clem.* 1. *de iudiciis.* **Zwar meint** GAILL lib. I. Obs. 55. n. 4. **daß in diesem Falle die Ladung für insinuirt zu halten, und der Richter, ohne eine Edictalcitation zu verfügen, so gleich zum Definitiverkenntniß zu schreiten berechtigt sey; allein die Gesetze verordnen hier die Edictalcitation als ein weit sichereres Mittel, weil** dolus **des Vorzuladenden doch nicht immer auser Zweifel ist. Diesem ist auch** *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innov.* **nicht entgegen, denn vermöge dieser Verordnung soll nur zur Bewirkung einer Rechtshängigkeit** citatio pro insinuata **gehalten werden,** si per citandum factum est, quominus ea ad notitiam eius perveniret. S. ALTESERRA in libros Clementinar. Commentarios lib. II. Tit. 5. pag. 48. *edit. Halensis.* **und** BASTINELLER cit. Diss. §. 13. **Sollten etwa in der Abwesenheit des Vorzuladenden blos desselben Dienstboten die Insinuation der Ladung zu behindern suchen, so muß der Richter vor allen Dingen die Zurückkunft des Abwesenden ab-**

auswärtige Gerichtsobrigkeit, auf geschehene Requisition des ordentlichen Richters, die gebetene Citation zu besorgen oder dem Vorzuladenden einhändigen zu lassen ohne rechtmäsige Ursache verweigert [78]). Wäre der requirirte Richter, welcher die Einhändigung der Ladung zu besorgen verweigert, mit dem requirirenden in eben demselben Territorium und folglich eben demselben Oberrichter unterworffen, so findet eigentlich keine Edictalcitation statt, sondern Requirent muß sich an den Oberrichter wenden, und diesen bitten, daß er den requirirten Richter zu seiner Schuldigkeit mit gebührenden Zwang anhalte [79]), es wäre denn, daß auch der Oberrichter seine Hülfe versagte, in welchem Falle der requirirende Richter doch noch zur Edictalcitation schreiten kann [80]). Auf jedem Fall ist es indessen, ehe man damit wirklich verfährt, rathsam und billig, die Requisition nochmals zu wiederholen, und dabey dem requirirten Richter zu erkennen zu geben, daß man bey fernerer Verweigerung der zu verfügen gebetenen Ladung, sich der Edictalcitation unfehlbar bedienen werde [81]). Zu dieser dritten

abwarten, und die Privatladung wiederholen, ehe er zur Edictalcitation schreiten darf. S. HERING cit. Diss. §. 6. pag. 56.

78) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 5. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXII. medit. 5. Struben in den rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 189.

79) GRIEBNER in Princip. proceff. iudic. Lib. I. Cap. I. Sect. II. §. 6. not. d. HERING cit. Diff. §. 6. pag. 57.

80) ENGAU in Decif. P. I. Dec. 510.

81) BARTH in Hodegeta for. Cap. I. §. 14. HERING in Diff. cit. pag. 58.

Classe von Ursachen wird in dem canonischen Recht[82]) auch noch die gerechnet, wenn der Aufenthalt des Vorzuladenden nicht sicher genug ist, um ihm selbst die Ladung ohne Gefahr behändigen zu lassen. Man versteht dieß gewöhnlich von solchen Fällen, wenn an dem Orte, wo der Vorzuladende sich befindet, Krieg ist, oder die Pest graßirt[83]). Allein Krieg und Pest geben an sich der Edictalcitation keinen Platz, sondern es scheint wohl, wenn wir die angeführten Stellen des Canonischen Rechts mit einander vergleichen, eigentlich der Fall gemeint zu seyn, wenn die eigene Macht oder Bosheit des vorzuladenden den Ort seines Aufenthalts unsicher, und daher die Einhändigung der Ladung gefährlich macht[84]). Endlich behauptet man noch, daß wenn die Insinuation einer Privatladung mit zu grosser Beschwerlichkeit verknüpft wäre, z. B. wegen grosser Zahl der Vorzuladenden, welches der Fall beym Concurs der Gläubiger seyn kann, oder wegen zu weiter Entfernung des Wohnorts der Vorzuladenden, eine Edictalladung sofort verfügt werden könne[85]). Allein die blose Beschwerlichkeit in Behändigung einer Privatladung ist an sich zur Erlassung der Edictalen nicht für hinreichend zu halten; da die Edictalcitation nur als eine subsidiarische angesehen wird,

82) *Clem.* 1. *de iudic. Clem. un. de foro comp. Clem.* 3. *de elect. Cap.* 13. *de offic. deleg. in* 6to.

83) STRYK Introduct. ad praxin for. Cap. IV. §. 3. BASTINELLER cit. Diss. §. 11.

84) S. GAILL in Observat. pract. Lib. I. Cap. 57. n. 2. und HERING cit. Diss. pag. 59.

85) BARCKHAUSEN cit. Diss. de citat. edict. §. 24. MEVIUS Part. VIII. Decis. 251. n. 3—5. BASTINELLER cit. Diss. §. 12. TERMINEUS in Processu Cap. 12.

wird, welche anders nicht statt findet, als wenn es unmöglich ist, daß die ordentliche Ladung Platz greife; zumal, da jene Art der Citation gewissermassen pro ignominiosa gehalten wird, und daher bey Personen, deren Auffenthalt bekannt ist, keinesweges angewendet werden darf [86]). Uebrigens kann ein jeder Richter, er sey ordentlicher oder ein delegirter, ein Ober- oder Unterrichter, edictaliter citiren, sofern er in der Sache, in welcher eine solche Citation zu erlassen ist, den Vorzuladenden, wenn nur dieses möglich gewesen wäre, privatim hätte citiren können [87]). Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten diese Befugniß den Unterrichtern und Commissarien schlechthin absprechen wollen [88]).

§. 224.

Verschiedene Arten der ordentlichen Ladung.

Die ordentliche Citation, welche demjenigen, an welchen sie gerichtet ist, besonders mit Worten bekannt gemacht wird, kann entweder eine mündliche oder schriftliche seyn. Die Erstere findet in dem summarischen, die letztere aber in dem ordentlichen Pro-

86) Eben so urtheilt der Verfasser der angef. Abhandl. über die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurs der Gläubiger (Leipzig 1781. 8.) 2. Abschn. 1. Abtheil. §. 18. Siehe auch HERING cit. Diss. pag. 60.

87) S. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Progr. de iudice edictaliter citante. *Vitembergae* 1791. 4.

88) Z. B. MARANTA in Specul. aur. P. VI. Tit. de citat n 82. GAILL lib. I. Obs. 57. n. 13. RULANT de Commissar. P. I. lib. V. cap. 3. n. 26. Allein *L.* 2. *D de iurisdict.* und die *Auth.* Qui semel *Cod. quomodo et quando iudex.* widerlegen diese Träume von selbst.

ceß statt. Jedoch werden angesehene Personen, ohne Unterschied der Sachen, jederzeit schriftlich vor Gericht geloden [89]). Bey mündlichen Ladungen ersetzt den Abgang des schriftlichen Aufsatzes eine kurze Registratur zu den Acten, welche die geschehene Ladung enthält [90]).

§. 225.

Nothwendigkeit und Zweck der Ladung. Besondere und allgemeine Citation.

Die Citation ist nun in einer jeden Proceßart unumgänglich nöthig, weil niemand ohne rechtliches Gehör verurtheilt werden darf [91]). Sie darf daher, ohne unheilbare Nichtigkeit zu veranlassen, der Regel nach niemals unterlassen werden [92]), wenn gleich der Richter vermuthen

89) Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 559.

90) Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes. §. 97.

91) *L. 5. pr. D. de poenis. L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sentent. proferre deb. Cap. 8. X. de maior. et obed.*

92) *L. 1. §. 3. D. Quae sentent. sine appellat. L. 4. C. de sentent. et interlocut. iudic.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 66. **behauptet sogar, daß nicht einmal ein zu Gunsten des nicht Vorgeladenen gefälltes richterliches Erkenntniß gültig sey.** Cum ea, quae contra leges gesta sunt, nulla sint, nec ob privatam personae singularis utilitatem soleant convalescere. **Allein die von ihm angeführte *L. 7. Cod. quomodo et quando iudex sentent. profer. deb.* redet eigentlich nur davon,** si quae statuuntur ADVERSVS ABSENTES non per contumaciam, scilicet denunciationibus nequaquam ex more conventos. **Ein solches Urtheil wird nicht gültig, wenn auch gleich der Verurtheilte, nachdem er Wissenschaft davon erhalten, kein Rechtsmittel dagegen eingewendet hätte. Das angeführte Gesetz sagt:**

muthen könnte, daß der Vorzuladende es ohnehin wissen werde, was seinetwegen vor Gericht geschehen soll. Denn niemand ist verbunden, ohne vorgängige Ladung, vor Gericht zu erscheinen. Allein deswegen will dennoch unser Verfasser die Ladung nicht, wie man insgemein dafür hält, zu den wesentlichen Bestandtheilen des Processes rechnen, weil es Fälle giebt, wo sie, der Gültigkeit des gerichtlichen Verfahrens unbeschadet, unterlassen werden kann [93]). Dahin gehört einmal, wenn der Beklagte freywillig, ohne vorgängige Ladung, vor Gericht erscheint, und auf die Klage antwortet [94]). Zweitens, wenn Gefahr auf dem Verzug haftet [95]), oder das An-

sagt: iudicatae rei firmitatem non obtinere, certum est. Diesem ist *L.* 3 *C. eodem* nicht entgegen, denn dieses Gesetz ist von einem solchen Fall zu verstehen, da der Verurtheilte vorher gehörig citirt worden, allein sich abwesend befand, und auch keinen Procurator hinterlassen hatte. Hieraus konnte der Richter wenigstens einen Ungehorsam präsumiren, und wider den Abwesenden erkennen. Unter diesen Umständen aber darf freylich der Verurtheilte, so bald er von dem Erkenntniß wider ihn Nachricht erhalten, nicht schweigen. S. SICHARDI Praelect. in Cod. h. L. BRUNNEMANNI Commentar. ad Codic. ead. L. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERI meditat. ad Pandect. Tom. V. Fasc. I. Obs. 764.

93) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de citatione ad Processum non necessaria. *Ienae* 1713.

94) MEVIUS in Decision. Tom. I. P. V. dec. 140.

95) Z. B. in possessorio summariissimo, wo zu besorgen, daß es zu Thätlichkeiten kommen möchte. S. MEVIUS Tom. I. P. II. Decis. 237. Denn ausser diesem Falle ist die Ladung auch in possessorio summariissimo nicht zu unterlassen. *de* BERGER in Electis processus possessorii §. V. pag. 91. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses IV. Th. §. 158. S. 93.

bringen des Klägers ganz klar, und die Handlung des Beklagten, worüber sich der erstere beschwert, auf keine Weise zu rechtfertigen ist; in welchen Fällen der Richter Befehle erlassen kann, ohne denjenigen, wider welchen sie ergehen, vorher zu hören, welche man mandata sine clausula nennt [96]). Die Citation ist jedoch nicht nur überhaupt in jedem Proceß nöthig, sondern sie muß auch zu jeder einzelnen dazu gehörigen, und von den Partheyen zu besorgenden gerichtlichen Handlung geschehen [97]). Denn der Zweck einer jeden Ladung ist nicht blos der, daß der Geladene vor Gericht erscheine, sondern daß er sich auch zu dem daselbst vorzunehmenden Geschäft gehörig vorbereiten könne [98]). Daher eine allgemeine Ladung, welche nur überhaupt und zum ganzen Proceß geschiehet, außer bey den höchsten Reichsgerichten, der Regel nach nicht statt findet [99]).

§. 226.

Erforderniße einer gesetzmäßigen Ladung. I. Sie muß vom competenten Richter erlassen werden, und daher den Namen des Richters, welcher sie verfügt, enthalten.

Soll hiernächst eine Ladung gültig und von Wirkung seyn, so wird dazu erfordert [100]), I. daß sie von dem

96) GAILL in Observat. pract. lib. I. obs. 13.

97) *L.* 47. *D. de re iudic.* LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 35.

98) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 1. Not. 1. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institution. iurisprud. eccles. P. II. §. 572.

99) GAILL. lib. I. Obs. 51. n. 10. et *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 3. §. 10.

100) *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de citationis requisitis et efficacia. *Ienae* 1708. rec. *Halae* 1740.

dem gehörigen Richter erlassen werde [1]), welcher in der Sache, weßwegen der Geladene erscheinen soll, ohne allem Zweifel die Gerichtsbarkeit hat, es mag nun entweder der ordentliche, oder ein commissarischer Richter seyn [2]). Ist die Ladung von einem ganz incompetenten Richter geschehen, der über den Vorgeladenen entweder gar keine, oder wenigstens diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit offenbar nicht hat, in welche das zu verhandelnde Geschäft einschlägt, so ist der Vorgeladene einem solchen Richter Folge zu leisten nicht verbunden [3]). Wäre hingegen die Zuständigkeit des Richters nur zweifelhaft, so muß der Vorgeladene dennoch erscheinen, die ihm zustehende Einrede anführen, und darüber Bescheid erwarten [4]). Damit nun aber der Citirte beurtheilen könne,

1) *L.* 53. §. 3. *D. de re iudic.*

2) *Cap.* 29. *X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

3) *L. ult. D. iurisdict.* Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam velit ius dicere.

4) *L.* 2. *pr. D. Si quis in ius voc. non ierit. L.* 5. *D. de iudiciis.* MEVIUS P. I. Decis. 131. *de* COCCEJI in Iure Civ. controv. Lib. II. Tit. V. Quaest. 1. EMMINGHAUS in not. r. ad Eundem, LAUTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandectar. Lib. II. Tit. V. §. 3. HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 697. u. a. m. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten behaupten, daß der Vorgeladene in jedem Fall erscheinen, oder wenigstens schriftlich die Einrede des incompetenten Richters an- und ausführen müsse, wenn es auch gleich notorisch sey, daß er dem Gerichtszwange des fordernden Richters auf keine Weise unterworfen. Habe er dieses gethan, so brauche er den weiteren Verfügungen dieses Richters nicht ferner Folge zu leisten. Dieß, glauben sie, sey der eigentliche Sinn der *L. ult. D. de iurisdict.* und so sey kein Widerspruch

könne, ob der vorladende Richter competent sey, so ist nöthig, daß die Ladung den Namen des Richters ent-

spruch vorhanden, wenn es in der *L.* 2. *pr. D. si quis in ius vocat. non ierit.* heiße: Ex quacunque causa ad Praetorem, vel alios, qui iurisdictioni praesunt, in ius vocatus, venire debebet, ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit. Man sehe *Ger.* NOODT in Commentar. in Digest. lib. II. Tit. V. in fin. und *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. expositi. Disput. IV. Libri II. Specim. II. contin. *Lipsiae* 1748. §. 6. Allein ich kann dieser Meinung nicht beypflichten. Denn müßte sich der Vorgeladene wenigstens in sofern auch vor einem offenbar incompetenten Richter stellen, um die ihm deshalb zustehende Einrede entgegen zu setzen, wie könnte das Gesetz sagen: magistratui vocanti impune non pareri? Denn was befiehlt denn die vorladende Obrigkeit anders, als daß der Citirte erscheine? Sodann zeigen die Worte der angeführten *L.* 2. *pr.* ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit, offenbar an, daß die Zuständigkeit des Richters nur zweifelhaft seyn müsse, wenn der Citirte erscheinen soll. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn es in der *L.* 5. *D. de iudiciis* heißt: Nam et legati, caeterique, qui revocandi domum ius habent, in ea sunt causa, ut in ius vocati veniant, privilegia sua allegaturi. Denn die römischen Gesandten hatten das ius domum revocandi, von welchem Privilegium ich an einem andern Ort (S. 187. folg.) gehandelt habe, nicht, wenn sie an dem Orte, wo sie belangt wurden, contrahirt hatten, und ihre Gesandschaft geendigt war. Bey andern, die keine Gesandten waren, fiel das privilegium revocandi domum ohnehin weg, wenn sie da contrahirt hatten, wo sie deßhalb belangt wurden, wie aus *L.* 2. §. 3. *et* 4. *D. de iudiciis* erhellet. Die Obrigkeit konnte also bey solchen Personen nie vorher wissen, ob sie sich in dem Falle befanden, wo sie von ihrem Privilegium Gebrauch machen konnten. Sie mußten also auf geschehene Vorladung erscheinen, privilegia sua allegaturi. Hier ist also wieder von einem solchen Falle die Rede, wo es zweifelhaft ist, ob der Vorgeladene dem Gerichtszwange des fordernden Magistrats unterworfen sey,

wie

enthalte, welcher dieselbe erlassen [5]). Der ordentliche Richter bedient sich gewöhnlich des Namens des Gerichts; ein commissarischer Richter hingegen muß seinen eigenen Namen ausdrücken, und eine Abschrift seines Auftragsschreibens der Ladung beylegen [6]). Ist dieses geschehen, so muß der Vorgeladene erscheinen, wenn gleich das Commissoriale erschlichen seyn sollte. Denn da dieses nie im Zweifel zu vermuthen, so muß die Einrede der Subreption gehörig vorgeschützt und bewiesen werden. Geschiehet dieses nicht ordnungsmäsig, so hat es sich der ausbleibende Theil selbst zuzuschreiben, wenn gegen ihn in contumaciam verfahren wird [7]). Uebrigens macht der Irrthum im Namen des Richters die Ladung ungültig, in so fern daraus eine unauflößliche Ungewißheit entsteht, vor welchem Richter man erscheinen soll [8]).

§. 227.

II. Die vorzunehmende gerichtliche Handlung.

Der Zweck der Citation (§. 225.) erfordert ferner

II. daß die zu verrichtende Handlung dem Vorzula-

wie aus dem §. 6. *cit.* *L.* 2. *D. de iudic.* zu ersehen ist, wo es heißt: Si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit, nec ne, ipse Praetor debet causa cognita statuere. Man sehe hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES *et* DE MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. I. Lib. I. pag. 338. et sq. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. Lib. II. Tit. V. §. 1.

5) Man vergleiche hier besonders GAILL in Observat. pract. lib. I. Obs. 48.

6) *Cap.* 2. *X. de dilation.* GAILL cit. loc. n. 17.

7) GAILL cit. loc. n. 18.

8) GAILL cit. loc. n. 23. et SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 11.

zuladenden bestimmt angezeigt werde, um welcher Willen er vor Gericht erscheinen soll. Nur auf diese erstreckt sich die Wirkung der erlassenen Citation, und kann auf andere nicht besonders benannte Handlungen, in so fern sie mit der in der Ladung angezeigten in keiner Verbindung stehen, nicht ausgedehnt werden [9]). Zwar will Gaill [10]) das Gegentheil behaupten, weil eine Parthey, die in dem Gericht schon gegenwärtig ist, nicht mehr vorgeladen zu werden brauche, indem ja eben darin die vorzüglichste Wirkung der Citation bestehe, daß der Geladene vor Gericht erscheine. Allein schon Carpzov [11]) hat die Schwäche dieser Gründe hinlänglich gezeigt, und unser Verfasser bemerkt ganz richtig, daß es nicht genug sey, daß Jemand im Gericht sich gegenwärtig befinde, sondern noch hauptsächlich erfordert werde, daß er zu dem Geschäft gehörig vorbereitet sey, so er vor Gericht vornehmen soll. Eben deswegen muß auch in der Citation ein geraumer Termin bestimmt werden, damit der Geladene sich zu der ihm auferlegten gerichtlichen Handlung gehörig vorbereiten könne. Ist dieser gar zu kurz, so ist schon darum die Ladung unverbindlich [12]).

§. 228.

9) MEVIUS P. IV. Decis. 281. not. 5. CARPZOV in Respons. iuris Lib. III. Tit. II. resp. 22. MÜLLER ad Struvium Exerc. V. Th. XI. not. 8. **Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 112.**

10) in Observat. pract. lib. I. Obs. 51. n. 7. sq.

11) **am angef. Ort** num. 12. sqq.

12) MEVIUS in Decision. **T. I. P. III. Decis. 341. not. 7.** GAILL **Lib. I. Obs. 53. n. 19.**

§. 228.

III. Die schriftliche Ladung muß gehörig abgefaßt werden.

Geschiehet die Ladung schriftlich, so wird nun insonderheit III. erfordert, daß sie auf die gehörige Art ausgefertiget werde. Diese Ausfertigung muß nun auf eine solche Art geschehen [13]), daß daraus erhelle, 1) wer lade. Hier erinnere man sich an dasjenige, was von den Namen des Richters bereits (§. 226.) gesagt worden ist. 2) Wer geladen werde; es muß daher der Name und Stand des Vorgeladenen deutlich ausgedruckt seyn, so daß derselbe sogleich erkennen kann, daß die Ladung ihn und keinen andern angehe. Ein Irrthum im Namen kann sonst die ganze Ladung unwirksam machen [14]). Sind mehrere Streitgenossen vorzuladen, so machen diese entweder zusammen eine moralische Person aus, oder nicht. Im ersten Fall braucht nur der allgemeine Name der Gemeinheit oder des Collegiums, welches vorgeladen wird, oder der Repräsentanten und Vorsteher desselben ausgedruckt zu werden [15]), im letztern Falle hingegen müssen alle benannt werden, ein allgemeiner Name, z. B. die Erben des verstorbenen Titius, ist hier nicht hinreichend, sondern die nicht besonders genannten verbindet die Ladung nicht [16]). Denn erlauben gleich die Gesetze den Streitgenossen,

13) Rettelbladts Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 564.

14) GAILL lib. I. Obs. 49. n. 1. sqq. MEVIUS Part. I. Decis. 256.

15) GAILL lib. I. Obs. 49. n. 6.

16) MEVIUS Part. IV. Decis. 337.

genossen, für einander zu erscheinen [17]), so sind sie doch dazu nicht verbunden. 3) Auf wessen Gesuch die Ladung erkannt worden ist [18]). Sie muß daher auch den Namen, Stand und Aufenthaltsort des Klägers, oder wer sonst die Ladung ausgewirkt hat, enthalten, damit der Vorgeladene seinen Gegner kennen lerne, und wegen seines Benehmens gegen denselben einen bestimmten Schluß fassen könne. Auch hier ist aller Irrthum sorgfältig zu vermeiden. Haben mehrere die Ladung extrahirt, so sind alle zu benennen, in so fern sie nicht etwa eine moralische Person ausmachen. 4) Die Ursache, warum und wozu er geladen wird [19]). Dieses bringt der Zweck der Ladung mit sich, (§. 227.) und ist daher in bürgerlichen Streitsachen allemal erforderlich, weil sonst die Ladung nicht verbindet [20]). Zu diesem Endzweck ist daher die Klage oder das Anbringen desjenigen, auf dessen Gesuch die Ladung erlassen worden ist, derselben copeylich beyzuschließen [21]). 5) Der Ort, wo der Geladene erscheinen soll [22]). Bey dem ordentlichen Richter ist dieses jedoch nur alsdann nöthig, wenn die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle vorgenommen werden soll. Denn außerdem ist der allgemeine Ausdruck: vor Uns zu erschei-

17) L. 2. *Cod. de consortib. eiusd. litis.*

18) GAILL lib. I. Obs. 50.

19) GAILL lib. I. Obs. 51.

20) MEVIUS in Decision. Tom. II. P. VI. decis. 21. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 8. Jedoch ist SLEVOGT cit. Dissertat. pag. 15. anderer Meinung.

21) Jüngst. Reichsabsch. §. 34.

22) GAILL lib. I. Obs. 52.

erscheinen, hinreichend [23]). Allein bey commissarischen Richtern ist die Bestimmung des Orts um so nöthiger, da diese ihre Sessionen an einem selbst beliebigen Orte halten können [24]), und also dem Vorgeladenen freystehen muß, gegen den angezeigten Ort, wenn derselbe nicht sicher oder nicht ehrbar ist, Einwendungen vorzubringen [25]). Ist der Ort ungewiß, so ist die Ladung unverbindlich [26]). 6) Die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll [27]). Diese kann entweder ein bestimmter Tag, (*dies fixus*) seyn, an welchem und sonst an keinem andern der Vorgeladene vor Gericht erscheinen soll; oder eine Frist, (*dies intra quem*) binnen welcher er sich stellen, und die ihm auferlegte Rechtsnothdurft beobachten soll. Ist gar kein Termin bestimmt, so ist die Ladung nichtig [28]). Bey Anberaumung des Termins ist noch folgendes zu bemerken; a) muß derselbe jederzeit so weit hinaus gesetzt werden, daß der Geladene sich gehörig vorbereiten könne. Die Gesetze der Pandecten bestimmen dieserhalb eine Zeit von zehen Tagen

23) *L.* 59. *D. de iudiciis.* LAUTERBACH in Colleg. Theor. Pract. Pandectar. h. t. §. 38.

24) WERNHER in select. Observat. forens. Tom. II. P. VI. Obs. 298.

25) ZANGER in Tract. de exceptionibus Part. II. Cap. V. wo er *de exceptione loci non tuti* ausführlich handelt.

26) *L.* 5. *Cod. quomodo et quando iudex.* WERNHER T. II. P. VI. Obs. 298. n. 2. MÜLLER ad Struvium h. t. Exerc. V. Th. XI. not. ζ.

27) GAILL lib. I. Obs. 53.

28) MÜLLER ad Struvium Exerc. V. Th. XI. not. η.

gen [29]), allein Justinian will, daß dem Beklagten ein Termin von zwanzig Tagen gesetzt werde, um reiflich überlegen zu können, ob er mit dem Kläger streiten oder nachgeben wolle [30]). Es wird indessen heutiges Tages keine Rücksicht darauf genommen, sondern der Termin willkührlich nach Beschaffenheit der Umstände bestimmt [31]). Sollten jedoch besondere teutsche Gesetze, wie z. B. in Sachsen, hierüber etwas ganz genau festsetzen, so kann der Richter zwar eine solche gesetzliche Frist aus hinreichenden Ursachen verlängern, aber, ohne Nichtigkeit zu begehen, um keinen Tag abkürzen [32]). b) Der Termin muß auf einen Gerichtstag, und nicht in Ferien fallen [33]). Ist ein bestimmter Tag festgesetzt, so ist, wenn dieser gerade ein Feyertag seyn sollte, die Ladung ungültig [34]), und

29) *L.* 69. *D. de iudiciis.*

30) *Nov. LIII. Cap.* 3. *§.* 1.

31) ZANGER in Tract. de exceptionib. P. II. Cap. VI. n. 6. **Ludovici Einleitung zum Civilproceß Kap.** X. **§.** 9.

32) LAUTERBACH in Coll. Theor. pract. Pandect. h. t. §. 39. MÜLLER ad Struvium h. t. Exerc. V. Th. XI. not. *n*. **Herr Hofr. Oelze Anleitung zur gerichtl. Praxis §. 88. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 111.**

33) *L.* 1. *D. L.* 2. *Cod. de feriis.*

34) *L.* 2. *in fin. Dig. si quis in ius voc. non erit.* GAILL lib. I. Obs. 53. n. 1. 14. et 15. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VII. n. 9. LAUTERBACH in Colleg. Th. pract. Pandectar. h. t. §. 39. MEVIUS P. II. Decis. 276. not. 2. WERNHER in Observat. forens. Tom. II. P. VII. Obs. 205. **Anderer Meinung ist** BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 5. **und** STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 10. **will behaupten,** *moribus nostris esse receptius, ut, si terminus forte in diem feriatum incidat, non ea propter vitie-*

und daher, so fern nicht in der Citation ausdrücklich stünde, daß im Fall etwa der angesetzte Termin auf einen Feyertag fallen würde, der Geladene auf den nächstfolgenden Gerichtstag erscheinen solle, eine neue Ladung zu erlassen [35]). Wäre hingegen nur überhaupt eine Frist bestimmt, binnen welcher der Vorgeladene sich stellen soll, und diese sich mit einem Feyertage endigte, so ist deshalb die Citation nicht ungültig, sondern der nächstfolgende Tag geht dem Geladenen zu gute, wenn die Frist keine Nothfrist ist. c) Die Stunde des Erscheinens auszudrücken ist überflüssig, weil sich der Geladene so lange stellen kann, als die Gerichtssitzung währet [36]). Die noch hie und da in den Ladungen zuweilen vorkommende Clausul: zu rechter früher Tageszeit bezeichnet auch nichts anders als die Zeit der Gerichtssitzung [37]).

vitietur citatio, sed comparendum die sequenti. Allein eine allgemeine Gerichtspraxis ist nicht zu erweisen, daher die erstere Meinung unstreitig richtiger ist.

35) *Cap.* 6. X. *de dolo et contumac.* WERNHER Tom. I. P. I. Observat. 235. n. 3. et 4. Danz in den angef. Anfangsgründen §. 111.

36) GAILL lib. I. Obs. 53. n. 4. WERNHER Tom. I. Part. I. Obs. 195.

37) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXI. med. 1. und *Christ.* WILDVOGEL in Diss. de formula citationi inseri solita: *iusto tempore matutino.* Ienae 1715.

§. 229.

IV. Sie muß gehörig insinuirt werden, direct oder subsidiarisch, mittelbar oder unmittelbar jedoch a) immer auf Befehl des competenten Richters.

Ist die Citation auf solche Art gehörig ausgefertigt worden, so wird nun weiter, wenn sie eine ordentliche Ladung ist, und von Wirkung seyn soll, IV. erfordert, daß sie der Behörde gebührend eingehändiget werde. Diese Insinuation muß a) auf Befehl des competenten Richters vollzogen werden. Nun kann es einmal seyn, daß der Vorzuladende der Gerichtsbarkeit des Richters, vor welchem er erscheinen soll, in der gegenwärtigen Sache gar nicht unterworffen ist. Man stelle sich zum Beispiel vor, daß ein fremder Gerichtsunterthan in einer gewissen Streitsache als Zeuge aufgeführt worden sey. In diesem Falle muß der Richter, vor welchem der Proceß schwebt, ein Requisitionsschreiben an des Vorzuladenden ordentliche Gerichtsobrigkeit erlassen, und solche darin unter dem Versprechen bereitwilliger Erwiederung in ähnlichen Fällen ersuchen, die erforderliche Ladung gehörig zu erkennen und zu verfügen. Es kann aber auch zweytens seyn, daß der Vorzuladende in der Sache, von welcher die Rede ist, zwar der Gerichtsbarkeit, aber nicht dem Gerichtszwange des citirenden Richters unterworffen ist. Dies ist der Fall, wenn jemand vor dem Richter der gelegenen Sache belangt wird, der in dem Gerichtsbezirk dieses Richters nicht, sondern an einem andern Orte wohnt, oder einen befreieten Gerichtsstand hat. Hier erkennt und fertiget zwar der Richter, vor welchem der Vorzuladende erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichts-

richtsbarkeit, die Ladung selbst aus; allein sie muß dem Richter, dessen Gerichtszwange der Vorzuladende unterworfen ist, unversiegelt mit der Bitte zugesendet werden, selbige der Behörde zustellen zu lassen, und darüber Bescheinigung einzusenden. Ist hingegen der Vorzuladende in der Sache, worüber der Streit ist, nicht allein der Gerichtsbarkeit, sondern auch dem Gerichtszwange des citirenden Richters unterworffen, so kann der Richter die von ihm erkannte und entworffene Ladung selbst unmittelbar einhändigen lassen. Nach dieser verschiedenen Art, wie die Insinuation der ordentlichen Ladung geschiehet, wird die Citation in die directe und subsidiarische eingetheilt, und erstere diejenige genennt, welche der Richter, vor dem man erscheinen soll, vermöge der ihm zustehenden Gerichtsbarkeit, selbst erkennt und ausfertiget; letztere aber diejenige, welche nicht der Richter, vor dem man sich stellen soll, sondern auf desselben Ansuchen ein anderer Richter, unter welchem nämlich der Vorzuladende stehet, erkennt, ausfertiget und einhändigen läßt [38]). Die directe Ladung ist wieder von zweierley Art, entweder eine unmittelbare, oder mittelbare. Erstere wird diejenige genennt, welche der Richter, vor den jemand geladen wird, selbst unmittelbar einhändigen läßt; letztere aber diejenige, welche dem Vorzuladenden durch einen andern Richter, dessen Gerichtszwang nämlich derselbe unterworfen ist, mittelst Requisition des Richters, welcher ihn vor Gericht fordert,

38) *Pet.* MÜLLER Diss. de citatione subsidiali. *Ienae* 1693. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. IV. P. I. Sect. III. Tit. I. §. 731.

dert, insinuirt wird [39]). Eine unmittelbare Citation können

1) die höchsten Reichsgerichte in Sachen der Reichsständischen Unterthanen verfügen, an so fern deren Gerichtsbarkeit in solchen Sachen gegründet ist; z. B. wenn sie durch den Weg der Appellation an dieselben gelangen und gelangen können; denn es darf dadurch dem Rechte der erstern Instanz, welches den Reichsständen und Landesherrn über ihre Unterthanen zusteht, so wenig als dem privilegio de non appellando derselben Eintrag geschehen [40]). Eben so können

2) die höchsten Landesjustiz-Collegia, welche im Namen des Landesherrn sprechen, in solchen Sachen, welche vor ihnen in erster, oder auch zweiter Instanz zu verhandeln sind, die dabey interessirten Personen, wenn solche auch bey einem Untergericht ihres Departements ihr gewöhnliches forum haben, unmittelbar vorladen [41]). So z. B. verfügen die Landesconsistorien in Ehe- und andern vor sie gehörigen Sachen durch den ganzen ihnen angewiesenen Gerichtssprengel unmittelbare Ladungen [42]). Auch kann

3) der-

39) BOEHMER am angef. Ort §. 735.

40) HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Obs. 631.

41) CARPZOV in Respons. iuris Lib. III. Tit. II. Resp. 23. HOMMEL in Rhapsod. Quaest. For. Vol. III. Obs. 435. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 13.

42) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sec. II. Tit. II. §. 182. Danz Grundsätze der summarischen Processe Hauptst. IX. §. 105. Es bemerkt jedoch unser Verfasser in der Note f. daß die churSächsischen und herzogl. Altenburgischen Consistorien bloß mittelst Requisition des ordentlichen Richters vorladen können.

3) derjenige Richter, welcher die hohe oder Criminalgerichtsbarkeit hat, in peinlichen Sachen unmittelbar citiren [43]). Desgleichen

4) landesherrliche Commissarien, innerhalb dem Territorium des committirenden Oberherrn [44]).

§. 230.

b) Die Ladung muß demjenigen insinuirt werden, an welchen sie gerichtet ist.

Die Ladung muß ferner b) **demjenigen, welchen sie angehet**, und zwar, wenn sie an mehrere einzelne **Streitgenossen** gerichtet ist, einem **jedem** besonders zugestellet werden [45]). Ist sie nur einem oder dem andern eingehändiget worden, so ist sie in Ansehung der übrigen ohne Wirkung [46]), wenn sie auch gleich in einem Hause wohnen sollten [47]). Haben sie jedoch einen gemeinschaftlichen Anwalt, so kann diesem die Ladung allein zugestellet werden [48]). Wenn eine Citation an mehrere

43) CARPZOV in pract. rer. criminal. P. III. Quaest. 109. n. 80. sqq. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 435. n. 1.

44) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 12. WERNHER T. I. P. I. Obs. 233. **besonders aber** *God. Lud.* MENCKEN Diss. de citatione principis commissarii immediata. *Vitemb.* 1726.

45) MEVIUS T. I. P. IV. Decis. 337. T. II. P. VIII. Decis. 407.

46) LEYSER in meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXII. med. 1. WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 302.

47) BERGER in Elect. Disceptat. for. p. 73. WERNHER in lect. commentat. in Pandect. h. t. §. 8.

48) WERNHER in select. Observat. forens. Tom. I. P. I. Obs. 231. **Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 266. In Churfachsen**

rere Erben zu erlassen, welche die Erbschaft noch ungetheilt besitzen, so kann zwar die Ladung im Sterbehause bekannt gemacht werden, es können jedoch diejenigen nicht als ungehorsame angesehen werden, die erweißlich keine Nachricht davon erhalten haben [49]). Ergehet die Citation an Gemeinheiten oder Collegia, so ist dieselbe den Vorstehern oder Repräsentanten derselben, folglich bey Stiftern dem Dechant oder Syndicus, bey einem Stadtmagistrat dem Stadtpräsidenten oder Syndicus, bey ganzen Bürgerschaften den Bürger- oder Gemeinheitsmeistern, bey Innungen und Zünften den Obermeistern, und bey ganzen Dorfschaften dem Richter und Schulzen zu insinuiren. Jedoch können den Gemeinden die Ladungen auch in ihren Versammlungen bekannt gemacht werden [50]).

§. 231.

c) entweder *in faciem* oder *ad domum*.

Die Citation muß c) dem Vorzuladenden der Regel nach in faciem oder ad manus, wie man sich auszudrücken pflegt, das ist, ihm selbst in Person und zwar in seiner Wohnung zugestellet werden. Nur dann, wenn er daselbst nicht anzutreffen ist, kann die Einhändigung auch seinen Angehörigen, nämlich sei-

ner

sachsen dürfen jedoch Ladungen einem Anwald nur alsdann insinuirt werden, wenn desselben Vollmacht ausdrücklich auf deren Annehmung gerichtet ist.

49) HOMMEL in Rhapsod. quaestion for. Vol. IV. Obs. 517.

50) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 17. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Theil §. 124. Nettelbladt Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 565. S. 286.

ner Ehefrau, erwachsenen Kindern, oder dem in seinem Brod und Lohn stehenden Gesinde geschehen [51]). Sollte jedoch auch von diesen Personen niemand vorhanden seyn, dem die Citation zugestellet werden könnte, oder will keiner von denselben solche annehmen, so kann die Ladung entweder in der Wohnung desjenigen, welcher citirt wird, niedergelegt, oder, wenn auch diese verschlossen seyn sollte, und der Vorzuladende nach mehrmaligen vergeblichen Versuchen nicht anzutreffen gewesen, ad domum d. i. an die Haus- oder Stubenthüre oder Fensterladen, in Gegenwart einiger Nachbarn, angeschlagen werden [52]). Miethsleute sind die an ihren Hauswirth gerichteten Citationen anzunehmen nicht verbunden, eben so wenig kann aber auch dem Hauswirth eine seinen Miethsmann angehende Ladung gültig eingehändiget werden [53]). In allen den Fällen aber, da die Citation dem Vorgeladenen nicht in faciem ist eingehändiget worden, ist dieselbe ohne Wirkung, wenn der Geladene beweiset, oder eidlich erhärtet,

51) Claproth am angef. Orte.

52) *L.* 4. §. 5. *et* 6. *D. de damno infecto.* WERNHER Tom. II. P. VI. Obs. 285. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 272. Nettelbladt Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 565. Ist die Citation ad domum geschehen, da sie dem Vorzuladenden selbst in Person ohne alle Schwierigkeit hätte eingehändiget werden können, so ist sie ungültig. MEVIUS T. II. P. VII. decis. 275. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. meditat. 4.

53) LEYSER Specim. XXXI. medit. 6. in fine. WERNHER in select. observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 435. BROCKES in select. Observat. for. Obs. 214. Nach preußischem Rechte kann jedoch die Citation dem Hauswirth des Vorzuladenden sicher anvertraut werden. S. *Corpus iuris Friderician.* I. Buch von der Proceßordnung I. Th. 5. Tit. §. 18.

härtet, daß er von derselben keine Nachricht erhalten habe [54]).

§. 232.

Die Insinuation muß d) am gehörigen Ort und zu gehöriger Zeit geschehen.

Die Ladung muß endlich d) auch am gehörigen Orte, und zu gehöriger Zeit zugestellet werden. Wer also außer seinem Hause in öffentlichen Amtsgeschäften begriffen, oder sonst mit einer feyerlichen Handlung beschäftiget ist, kann sich die ihm bey solcher Gelegenheit zugestellte Ladung verbitten [55]). Noch weniger aber darf die Insinuation außer dem Gerichtsdistrict des ladenden Richters geschehen [56]). Sie ist ungültig, wenn sie gleich durch einen öffentlichen Notar wäre vollzogen worden [57]). Einem Fürsten oder anderem Reichsstande muß die Ladung an dem Orte seines gewöhnlichen Hoflagers entweder in Person, oder durch einen seiner ersten Diener, nicht durch andere zum fürstlichen Hause gehörige Personen, eingehändiget werden [58]). Die Zustellung kann übrigens zwar an weltlichen Feiertägen gültig geschehen [59]). Aber an Sonn- und andern Gott geheilig-

54) MEVIUS P. III. Decis. 81. SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Cap. II. §. 10. WERNHER in select. Observat. for. Tom. III. Part. I. Obs. 25.

55) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. med. 3.

56) LAUTERBACH in Collegio Pandect. h. t. §. 41.

57) LEYSER Specim. XXXII. med. 2.

58) Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerl. Proceß 2. Theil §. 124. S. 87.

59) Claproth am angef. Ort §. 125. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 114. S. 208.

heiligten Festtagen erlauben die Gesetze solche nicht, wenn nicht etwa ein außerordentlicher Nothfall dieselbe rechtfertiget[60]). Zwar wollen Männer vom Ansehen[61]) behaupten, daß durch den Gerichtsgebrauch das Gegentheil eingeführt sey, weil die Insinuation einer Ladung nicht zu den gerichtlichen Handlungen gehöre, und öffentliche Ladungen so gar in der Kirche selbst, von der Kanzel, bekannt gemacht werden könnten. Dieser Meinung ist auch unser Autor. Allein da doch die Zustellung einer Privatcitation auf Befehl des Richters geschiehet; (§. 229.) überdem an Sonn- und Festtagen alle weltliche Geschäfte, welche die Andacht stören, und Aufschub leiden, verboten sind[62]); ferner viel praktische Rechtsgelehrten jener Meinung geradezu widersprechen[63]), mithin ein allgemeiner Gerichts-

60) L. 11. *Cod. de feriis.* — Nulla quemquam urgeat admonitio, — taceat apparitio — praeconis horrida vox silescat. *Cap.* 1. *et.* 5. X. *de feriis.* Hiermit stimmt auch das *Corpus Iuris Fridericianum* überein, in dessen Isten Buche von der Proceßordnung I. Th. 5. Tit. §. 20. es heißt: „Die Insinuationen müssen der Regel nach an Werk-, und nicht an Sonn- und Festtagen geschehen."

61) GAILL lib. I. Obs. 53. n. 7. LEYSER in meditat. ad Pandect. Specim. XXXI. Corol. 3. WERNHER Tom. I. P. I. Obs. 234. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. IX. §. 17.

62) *Cap.* 1. X. *de feriis.* *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 281.

63) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. ult. Cod. de feriis. ZANGER in Tractat. de exceptionibus P. II. Cap. VI. n. 11. LAUTERBACH in Collegio Theor. pr. Pandectar. h. t. §. 41. und in Diss. de feriis §. 18. STRYK in Us. mod. Pandectar. h. t. §. 10. BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 19. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 7. Claproth a. a. O. §. 125. u. a. m.

Gerichtsgebrauch unerweißlich ist, vielmehr der Ausspruch eines Proculus[64]) hier vollkommene Anwendung findet: *Non spectandum est, quid Romae factum sit, quam quid* FIERI DEBEAT; der Schluß von öffentlichen und Edictalcitationen aber auf Privatladungen nicht gilt, da die Bekanntmachung der erstern von der Kanzel etwas besonders ist, welches die ganz eigene Beschaffenheit solcher öffentlicher Ladungen in gewissen Fällen nothwendig macht; so trage ich kein Bedenken, der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[65]) beyzutreten, welche bey der deutlichen Vorschrift der Gesetze bleiben, und die an einem Sonn- oder andern Gott geheiligten Festtage ohne Noth geschehene Insinuation einer Privatladung für ungültig halten.

§. 233.

Durch wen? und auf wessen Kosten ist die Zustellung der Ladung zu verrichten?

Da von der richtigen Einhändigung der Ladung die ganze Wirkung derselben abhängt, so muß dieselbe durch eine glaubwürdige sichere Person verrichtet werden. Gewöhnlich werden die Ladungen durch einen darauf beeidigten Gerichtsdiener oder Amtsboten insinuirt[66]). Jedoch kann

64) *L.* 12. *D. de Offic. Praef.*

65) *I. L. E.* PÜTTMANN in Probabil. iuris civ. libro secundo. (*Lipsiae* 1773. 8.) Cap. XI. pag. 82. sq. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentationib. in Pandect. h. t. §. 16. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERI meditation. ad Digesta Tom. I. Fascic. II. Obs. 132. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in notis ad COCCEJI Ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. h. Tom. I. pag. 197.

66) BERGER in Elect. Discept. for. Tit. IV. Obs. IV. n. 1.

kann die Besorgung auch einem Notarius oder einem Unterrichter aufgetragen werden. Bey den Consistorien werden die Zufertigungen der Ladungen häufig durch die Superintendenten besorgt [67]). Es kann auch derjenige, welcher die Ladung ausgebracht hat, die Besorgung der Zustellung derselben selbst übernehmen. Ueberall aber muß für den Beweis der geschehenen Einhändigung gesorgt werden [68]). Ist daher die Ladung durch den Gerichtsdiener insinuirt worden, so muß derselbe entweder ein schriftliches Zeugniß darüber eigenhändig ausstellen [69]), welches sodann in Ansehung der geschehenen Insinuation so lange völligen Glauben verdient, bis das Gegentheil erwiesen worden [70]); oder er kann

67) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerlichen Proceß 2. Th. §. 123.

68) *Mich. God.* WERNHER lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 16. pag. 104. sq.

69) Wie ein solches Zeugniß abzufassen, zeigt Claproth a. a. O. §. 125. Vorzüglich ist jedoch zu vergleichen MÜLLER ad STRUVII Syntagma iur. civ. Exerc. V. Th. XI. lit. λ.

70) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 13. Claproth a. a. O. S. 90. f. behauptet, daß ein solches Zeugniß nicht bloß in Ansehung der geschehenen Zustellung, sondern auch in Ansehung alles desjenigen, was dem Gerichtsdiener bey Gelegenheit der Zustellung unanständiges wiederfahren, völligen Glauben habe. Allein da der Gerichtsdiener hier in seiner eigenen Sache ein Zeugniß ablegt, so kann eigentlich die Aussage desselben in Ansehung der ihm wiederfahrnen Injurie nicht mehr gelten, als das Zeugniß einer andern Privatperson. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 16. pag. 104. Es kommt indessen viel auf die Beschaffenheit der Umstände an, hieraus muß der Richter ermessen, wie viel er der Aussage des Gerichtsdieners glauben

kann es auch mündlich zu Protocoll geben, wie die Zustellung geschehen sey [71]). Wenn hingegen die Insinuation durch einen Notarius bewirkt worden ist, so muß ein förmliches Instrument darüber aufgesetzet werden [72]). Haben Obergerichte die Zustellung der Citation durch einen Unterrichter, oder Consistorien dieselbe durch den Superintendenten befördern lassen, so muß die geschehene Einhändigung durch Bericht angezeigt werden [73]). Ist hingegen die Insinuation durch eine Privatperson geschehen, so wird dieselbe entweder durch ein von dem Geladenen ausgestelltes Recepisse, oder in desselben Ermangelung durch den Eid desjenigen, der die Ladung zugestellet hat, erwiesen [74]). Die Kosten für die Ausfertigung und Insinuation der Ladung muß vor der Hand derjenige tragen, der die Citation ausgewirkt hat, und demnächst die Erstattung derselben von dem sachfälligen Gegner erwarten.

§. 234.

Notification der geschehenen Ladung.

Der Extrahent, auf dessen Veranlassung die Citation geschehen ist, bekommt übrigens hiervon Nachricht, indem

glauben dürfe. Der Richter darf wenigstens ohne vorhergegangene Untersuchung der Sache nicht gleich zu Strafmitteln schreiten. Man sehe besonders *Pet.* MÜLLER ad STRUVIUM Exerc. V. Th. XI. lit. *μ*.

71) Claproth a. a. O. §. 90. BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 2. Not. 18.

72) MOLLENBECK in Thesauro iuris civ. h. t. n. 33. BERGER cit. loc. Not. 14.

73) Claproth a. a. O. §. 123. S. 85.

74) BERGER cit. loc. Not. 14. WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 16. pag. 104.

indem ihm eine Copie der schriftlichen Ladung nebst der Nachricht von der geschehenen Insinuation derselben zugefertigt wird. Eine solche Notification wird in einigen Gerichten ein Gedenkzettel genennt[75]). Die Unterlassung derselben ziehet jedoch keine Nichtigkeit nach sich, wenn der Extrahent auf andere Art von dem anberaumten Termin Nachricht erhalten hat.

§. 235.

Wirkungen der Citation; daher entstehende Eintheilung in die arctatorische und monitorische, dilatorische und peremtorische Ladung.

Eine gehörig erkannte, und eingehändigte Citation verbindet nun den Geladenen zu der Befolgung des richterlichen Befehls, dessen Vernachläßigung für den Ungehorsamen mancherley nachtheilige Folgen hat. Um diese richtig bestimmen zu können, kommt es zunächst auf den Zweck der ergangenen Citation an. Dieser kann von zweierley Art seyn. Entweder es wird dem Geladenen nur bekannt gemacht, daß dies oder jenes seine Rechtsangelegenheiten betreffendes Geschäft in einem dazu angesetzten Termin in dem Gericht vorgehen werde, wobey er, wenn er wolle, erscheinen, und zur Beobachtung seines etwa habenden Interesse das nöthige wahrnehmen und erinnern könne; oder es wird demselben auferlegt, daß er zu einer bestiminten Zeit vor Gericht erscheinen, und daselbst eine gewisse Handlung verrichten solle, wenn er sich nicht die Strafe des Ungehorsams zuziehen will. Im ersten Falle wird die Ladung eine monitorische genennt, deren Wirkung blos darin bestehet, daß, wenn auch

75) BERGER Oecon. iuris lib. IV. Tit. XVI. §. 2. Not. 3.

auch gleich der Geladene nicht erscheint, die Handlung dennoch in dem desfalls anberaumten Termine vorgenommen, das Ausbleiben des Geladenen aber so angesehen wird, als ob er gegen das, was vorgehen soll, nichts zu erinnern habe[76]). Man setze z. B. daß jemand vorgeladen worden sey, um zu sehen und zu hören, wie die von seinem Gegner angegebene Zeugen in dem anberaumten Termine vorgestellet und beeidet werden sollen. Erscheint der Geladene nicht, so gehet die Vereidigung und Vernehmung der Zeugen dennoch vor sich, er verliert aber seine Einrede gegen die Person der Zeugen und gegen die Zulässigkeit der übergebenen Beweisartikel. Im andern Falle heißt die Ladung eine arctatorische, deren Wirkung darin besteht, daß der Geladene erscheinen muß, und, wenn er solches nicht thut, in die Strafe des Ungehorsams verfällt[77]). Diese letztere ist nun wieder in Ansehung der dem Vorgeladenen im Aussenbleibungsfalle treffenden Strafe von zweierley Art. Es besteht nämlich die Strafe des Ungehorsams entweder blos in der Erstattung der Kosten des versäumten Termins, oder sie hat zugleich auf die unterlassene gerichtliche Handlung selbst, nach der verschiedenen Lage des Proceßes, einen nachtheiligen Einfluß, z. B. daß die Klage in Ansehung des Beklagten für eingestanden, oder für abgeläugnet angenommen, oder ein Document für anerkannt, oder der zugeschobene Eid für verweigert gehalten, oder der Beweis für desert erklärt wird, u. d. m. Im erstern Falle wird sie eine dilatorische, im andern aber eine perem-

76) *Cap. 2. X. de testibus.*

77) *L. 2. §. 1. D. si quis in ius vocat. Cap. 7. X. de appellat. Cap. 4. 5. 24. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

remtorische Citation genennt. Hieraus läßt sich die Frage entscheiden, zu welcher Gattung die Edictalladungen gehören? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen behaupten, daß alle Edictalladungen, auch die bey Concursen, ihrer Natur nach blos monitorische wären [78]). Allein daß dergleichen Citationen monitorische seyn können, ist zwar nicht zu läugnen. Die Beyspiele von der Edictalladung unbekannter Erben, oder unbekannter Gläubiger bey Antretung einer Erbschaft, die übrigens zur Bezahlung der Schulden hinreicht, u. d. welche oben §. 223. S. 304.) angeführt worden sind, beweisen dieses hinlänglich. Wer wollte aber deswegen wohl läugnen, daß Edictalladungen nicht auch arctatorische, ja peremtorische seyn könnten, in so fern sie, im Falle des Nichterscheinens, ein besonders Präjudiz zur Folge haben, welches der Richter anzudrohen Macht hatte [79])? Dies ist z. B. der Fall mit der Edictalladung im Desertionsproceß, welche wider den abwesenden Ehemann unter der Verwarnung, daß er bey abermahligen Außenbleiben für einen böslichen Verlasser seines Eheweibes erklärt werden solle, erlassen wird

78) HILLIGER in Donello enucleato Lib. XXIII. Cap. II. not. F. BRUNNEMANN in processu concurs. creditorum Cap. II. §. 1. pag. 27. **von Trützschler Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger 2. Abschn. 1. Abth. §. 13. Danz Grundsätze der summarischen Processe Hauptstück X. §. 146.**

79) **Mit mir stimmen hierin überein** GAILL lib. I. Obs. 57. n. 11. et 12. **auch selbst** BRUNNEMANN in Tract. de processu civili Cap. III. n. 7. **Ferner** KLÜGEL in Progr. de iudice edictaliter citante pag. 6.

wird[80]). Aber auch selbst die Edictalladung beym Concurs der Gläubiger ist peremtorisch[81]). Denn sie verbindet ja die vorgeladenen Gläubiger bey Strafe der Präclusion in dem anberaumten Liquidationstermine zu erscheinen, und führt gleich diese Strafe nicht den Verlust der Forderung selbst mit sich, so wirkt sie doch wenigstens die Ausschließung von der Theilnahme an der gegenwärtigen Concursmasse[82]).

Uebrigens ist nach gemeinen Rechten der Regel nach erst die dritte Ladung peremtorisch[83]). Die erste und andere

80) Hommels teutscher Flavius Art. Desertionsproceß. S. 201. n. IV.

81) S. *Ge. Henr.* AYRER in Specim. iurisprud. iudic. theor. pract. de poena praeclusionis in concursu creditorum. Sect. II. membr. I. §. 4. et membr. II. per tot.

82) S. von Trützschler a. a. O. §. 11. und 23. Danz a. a. O. §. 147. welchen noch beyzufügen ist Hrn. Prof. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 3. Abth. §. 93.

83) *L.* 35. §. 1. *D. de re iudicata.* Contumax est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo *peremtorium* appellatur, literisve vocatus praesentiam sui facere contemnit. Add. *L.* 8. *et* 9. *Cod. quomodo et quando iudex sent. proferre deb.* Diesem ist *L.* 70. *D. de iudic.* nicht entgegen, wenn es daselbst heißt: Et tertium. Quibus propositis tunc *peremtorium* impetret, quod inde hoc nomen sumsit, *quod perimeret disceptationem*, hoc est, ultra non pateretur, adversarium tergiversari; denn die Zahl der Ladungen hieng eigentlich von dem Ermessen der Obrigkeit ab; diese konnte bestimmen, ob sie der ersten, andern oder dritten die peremtorische Kraft beilegen wollte; wie aus der *L.* 72. *D. de iudiciis*, deutlich erhellet, welche mit der L. 70. ursprünglich zusammengehangen hat, denn beide sind aus ULPIANI *lib. VIII. Dispu.*

andere Citation pflegt also gewöhnlich nur eine dilatorische zu seyn. Daher das bekannte Sprüchwort der alten Teutschen: zweymal darf man wohl ausbleiben, welches jedoch, wie es Eisenhart[84]) ganz richtig erklärt, nur so viel sagen will, daß erst nach geschehenem dreymaligen Außenbleiben und begangenen Ungehorsam jemand sachfällig werde[85]). Zuweilen kann der Richter nach Beschaffenheit der Umstände auch schon

Disputationum genommen. Nun war keine Ladung peremtorisch, welcher nicht der Magistrat die Clausel beigefügt hatte, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronunciaturum, wie *L.* 70. *D. eodem* sagt. Hatte also auch die Obrigkeit drey Ladungen erlassen, allein keine war peremtorisch, so mußte freylich alsdann erst noch eine peremtorische von dem Gegner des Ungehorsamen ausgewirkt werden. Da indessen der dritten Citation insgemein die peremtorische Clausel beigefügt wurde, so ist daher zu erklären, warum die Gesetze häufig nur dreyer Edictalladungen Erwähnung thun. Und in dieser Hinsicht rescribiren daher die Kr. Diocletian und Maximian in *L.* 9. *Cod. quomodo et quando iudex:* Tres denunciationes ad peremtorii edicti vicem adversus contumaces convalescere. Auf solche Art ist also Gerard Noodts Emendation unnöthig, welcher lib. I. Observat. cap. 8. in der *L.* 70. folgendermaßen lesen will: *Quibus propositis, et tertium tunc peremtorium impetret.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani iuris epitomar. libros sex commentar. Tom. I. lib. I. pag. 333.

84) in den Grundsätzen der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 6te Abtheil. Nr. XIII. S. 525. ff. (nach der neuesten Ausgabe Leipzig 1792.)

85) Sächs. Landrecht I. B. Art. 67. und III. B. Art. 5. Siehe auch HEINECCII Elementa iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. 3. §. 122.

die erste Citation als eine peremtorische erlassen [86]), welche alsdann einen dreifachen Termin enthalten muß [87]). Im Zweifel ist indessen eine Citation eher für eine dilatorische als für eine peremtorische zu halten [88]). Es wäre denn, daß durch die besondere Proceßordnung eines Landes alle gerichtlich anberaumten Termine überhaupt zur Verhütung proceßualischer Weitläuftigkeiten für peremtorisch wären erklärt worden [89]).

§. 236. a.

Fernere Wirkungen einer gesetzmäsig erlassenen Citation.

1) Interruption der Verjährung.

Außerdem hat nun eine gehörig eingehändigte Citation noch andere Wirkungen. Denn

1) wird durch sie die Verjährung unterbrochen. Die alte römische in ius vocatio privata hatte zwar diese Wirkung nicht [90]). Denn der Kläger brauchte dem Beklagten nicht gleich zu sagen, warum er ihn

86) *L. 72. D. de iudic. L. 53. §. 1. D. de re iudic. L. 8. Cod. quomod. et quando iudex.* Jüngst. R. Absch. §. 36. MEVIUS P. I. Decis. 258. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 136.

87) Nach dem neuesten Röm. Rechte wird eine drey monatliche Frist zu einer peremtorischen Citation erfordert. *Nov. CXII. Cap. 3.* Allein heutiges Tages hängt die Bestimmung der Termine von dem Ermessen des Richters ab, wo die besondern teutschen Gesetze nichts gewisses festgesetzt haben.

88) LUDOVICI in Us. pract. distinction. iuridicar. h. t. Distinct. 5.

89) PUFENDORF Introduct. in proceſſ. civ. P. II. Cap. IV. § 2.

90) *L. 4. D. ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat.* VOET in Comm. ad Pandect. T. II. lib. XLI. Tit. III. §. 20.

ihn vor Gericht fordere, sondern die editio actionis pflegte erst vor dem Prätor, in iure zu geschehen [91]). Fragte etwa der Beklagte vorher nach der Ursache der Vocation, so konnte ihn der Kläger, wie Saturio beym Plautus [92]) mit der Antwort abfertigen: *Illic apud Praetorem dicam; sed ego in ius voco.* Der Beklagte erhielt also durch die alte in ius vocatio an sich nie Wissenschaft von dem eigentlichen Anspruche oder Rechte, welches der Kläger zu verfolgen willens war. Diese wurde ihm erst durch Edition der Klage mitgetheilt *). Nun aber wird zur Unterbrechung der Verjährung eine deutliche und hinreichende Willenserklärung, sein Recht zu erhalten, erfordert. Hierzu kam noch insonderheit, daß die alte Usucapion, welche aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herrührte, vor Justinian anders nicht unterbrochen werden konnte, als durch Vertreibung des Besitzers oder durch den Ausspruch des Richters, wodurch der Beklagte dem Kläger zur Restitution der Sache verurtheilt wurde [93]). Daher war nicht einmahl die Litiscontestation hinreichend, eine rechtmäsig angefangene Usu-

91) Dieses hat wenigstens *van* HEES in Diss. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant. Cap. III. §. 39. aus vielen Zeugnissen der Alten dargethan. Daher läßt sich auch vielleicht erklären, warum der Titel de edendo in den Pandecten erst auf den Titel de in ius vocando folgt. Siehe auch meine Opuscula Fascic. II. pag. 317. sq.

92) in *Persa Act. IV. Scen. IX. v. 9.*

*) Daher sagt *L. 15. D. rat. rem hab.* Qui in ius vocat, non petit, sed petere vult.

93) *L. 5. D. de usurpat. et usucap. L. 18. L. 20. et 21. D. Rei vindicat.* Man sehe vorzüglich *Franc.* CONNANI Commentarior. iuris civ. Tom. I. Lib. III. Cap. 15.

capion zu interrumpiren. Paulus [94]) sagt dieses ganz ausdrücklich: *Si rem alienam emero, et cum usucaperem eandem rem, dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione.* Denn einmal hörte ja der Beklagte nach der Litiscontestation nicht auf, die Sache zu besitzen, und zum andern gehörte die Usucapion zu den alten bürgerlichen Erwerbungsarten, die anders nicht als durch eine entgegengesetzte andere bürgerliche Erwerbungsart unwirksam gemacht werden konnte. Dergleichen war aber die Litiscontestation nicht, denn diese war nur ein durch die neuern Gesetze eingeführter Quasi-Contract; sondern die Addiction und Adjudication [95]). Dies scheint daher die Ursache gewesen zu seyn, warum nicht durch die Litiscontestation sondern erst durch das Urtheil des Richters die Usucapion unterbrochen wurde [96]). Mit der prätorischen praescriptione longi temporis verhielt sich die Sache anders. Diese wurde zwar auch nicht durch die in ius vocatio allein unterbrochen, sondern es mußte die Litiscontestation erfolgt seyn, allein war zwischen der Zeit der geschehenen Edirung der Klage und der wirklich erfolgten Litiscontestation die verjährungsfrist abgelaufen, so kam dieses dem Beklagten weiter nicht zu statten, sondern die durch die Litiscontestation geschehene Interruption der Verjährung wurde zurück gerechnet auf die Zeit der angestellten und edirten Klage. Die Kr. Diocletian und Maximian

94) *L.* 2. §. 21. *D. pro emtore.* Add. *L.* 2. *D. pro donato*, et *L.* 14. *D. famil. erciſc.*

95) ULPIAN *in Fragm. Tit. XIX.* §. 2. et 16.

96) *S. Car. God.* WINCKLER Diſp. de diſcrimine inter litis conteſtationem iure veteri ac hodierno et utriusq. effectibus (*Lipſiae* 1751.) Sect. II. §. 4. pag. 34. ſq.

ximian sagen dieses in mehr als einem Rescript ganz deutlich. *Morae litis*, so rescribiren sie an einen gewissen Heliodor [97]), *causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur.* Eben so an einen gewissen Rhegino [98]). *Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit: cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.* Der Grund hiervon war, weil die longi temporis praescriptio kein bürgerliches Eigenthum sondern nur eine Einrede wirkte, welche nach erfolgter Litiscontestation, als wodurch die Interruption der Verjährung wirksam wurde, nicht weiter statt haben konnte [99]). Allein Justinian hat diesen Unterschied zwischen der alten Usucapion und der longi temporis praescriptio aufgehoben [100]). Daher nach Justinianeischem und heutigem gemeinen Rechte schon durch die gerichtliche Citation allein eine jede Verjährung unterbrochen wird [1]). Die Meinung einiger ältern

97) *L.* 26. *Cod. de Rei vindicat.*

98) *L.* 10. *Cod. de praescript. longi temp.* S. auch COCCEJI in Iure Civ. Controv. Lib. XLI. Tit. III. Qu. 25. pag 458.

99) PEREZ Praelect. in Cod. Lib. VII. Tit. XXXIII. n. 2.

100) *L. un. Cod. de usucap. transform.* VOËT in Comment. ad Pandect. T. II. lib. XLI. Tit. III. §. 19.

1) *L.* 3. *Cod. de ann. except. L.* 3. *et* 4. *Cod. de praescript. XXX. vel. XL. annor.* S. *Franc.* CONNANUS in Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. III. cap. 15. pag. 214. *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. V. Cap. 31. pag. 223. in fin. BACHOVIUS ad TREUTLERUM Vol. II. Disp. XXII. Th. VII. lit. K. et L. BRUNNEMANN in Proces. Civ. Cap. III. n. 41. HAHN ad *Wesenbecium* h. t. p. 199. de BERGER in Oeco-

Rechtsgelehrten [2]), daß nur die dreyßig- und vierzigjährige Präscription allein durch Citation, die zehen und zwanzigjährige hingegen erst durch Litiscontestation, die dreyjährige aber, als die am meisten begünstigte Art der Verjährung, anders nicht, als durch richterliches Definitiv-Erkenntniß, civiliter unterbrochen werde, zeugt von offenbarer Vermischung des ältern und neuern Rechts, und verdient daher keinen Beyfall [3]). Allein sollte nicht etwa schon die wider den Verjährenden angestellte gerichtliche Klage allein, ohne erfolgte Ladung, die Präscription unterbrechen? Hommel [4]) meint, daß dieses zu Folge der L. 2. Cod. de annali except. allerdings zu behaupten sey, gesteht indessen, daß der Gerichtsgebrauch mit dieser Meinung nicht übereinstimme. Und ich glaube, daß die Praxis auch den Gesetzen gemäs-

ser

Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIV. Th. 3. Not. 3. LAUTERBACH in Colleg. Theor. Pract. Pandect. h. t. §. 43. *Pet.* MÜLLER ad STRUVIUM Exerc. XLIII. Th. 28. Not. *α.* VOËT in Comment. ad Pandect. cit. loc. §. 20. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. P. I. §. 876. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. Qu. VIII. not. n. pag. 198. **und besonders** WINCKLER cit. Dissertat. Sect. III. §. 3.

2) GAILL lib. I. Observ. 74. n. 22. STRUV in Syntagm. iuris civ. Exerc. XLIII. Th. 28. BERLICH in Conclus. pract. P. II. Concl. IX. n. 22. sqq.

3) **Die Worte Justinians in der** *L.* **2.** *Cod. de ann. except.* et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit, **widerlegen diese Meinung hinlänglich. Man sehe hier vorzüglich nach** ZANGER in Tract. de exceptionibus P. III. Cap. X. n. 136. sqq. **und** *Io. Frid.* RHETIUS in Diss. de interruptione praescriptionum. Frfti ad Viadr. 1665. *(Vol. I. Disp. XIII.)* Cap. III. n. 1—6.

4) in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 109. pag. 172.

ser sey. Denn die L. 2. Cod. redet von einem außerordentlichen Rechtsmittel der gerichtlichen Protestation, welches blos in dem Falle, da wider den Verjährenden wegen Abwesenheit, Kindheit oder Wahnsinn, in Ermangelung eines Vormundes, die gerichtliche Klage und Vorladung nicht statt finden könnte, die Wirkung der Interruption der Verjährung haben soll. Daß aber ausser diesem Fall die bloße Anstellung der Klage, ohne erfolgte Ladung, nicht hinreichend sey, eine rechtmäsig angefangene Verjährung zu unterbrechen, ist theils aus andern Gesetzen [5]) deutlich zu erkennen, die Justinian durch jene L. 2. keinesweges aufgehoben hat [6]); theils der Natur der Sache selbst gemäß, indem die Ladung aus keiner andern Ursache erfordert wird, als daß der Beklagte von des Klägers Anspruch Nachricht erhalte, und hierdurch die angestellte Klage wirksam werde. Jedoch nehme ich folgende zwey Fälle aus. Erstens, wenn der Kläger zwar seiner Seits die Klage zeitig genug angestellet, auch sich alle Mühe gegeben hat, vor dem Ablauf der Verjährungszeit eine Citation zu erhalten, der Richter aber solche dennoch nicht gehörig ausgefertiget hat.

5) *L. 3. et 4. Cod. de praesc. trig. vel. quadr. annor.* Man sehe WERNHER in Observat. for. select. Tom. I. P. II. Obs. 472. *Iac.* RAVE in Princip. doctr. de praescriptione §. 33. lit. b. et. §. 34. Besonders *Io. Lud.* SCHMIDT Commentat. de interpellatione extraiudiciali ab interrumpenda praescriptione haud excludenda. *Ienae* 1788. §. 5. et 6.

6) In der angef. *L. 2. Cod.* sagt Justinian ganz deutlich: *Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione vel triginta vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab antiquis legum conditoribus, sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis.*

hat [7]). Denn unter diesen Umständen kann dem Kläger, der durch zeitige Anstellung der Klage seinen Willen, sein Recht zu erhalten, hinreichend erklärt hat, keine Nachläßigkeit Schuld gegeben werden [8]). Zweitens, wird die Verjährung, die durch blosen Nichtgebrauch geschiehet, ohne daß dazu auf Seiten des Präscribirenden ein Besitz oder eine bona fides erfordert wird, mit dem Augenblick, da jemand sein Gesuch bey dem gehörigen Richter anbringt, unterbrochen [9]). Denn bey dieser Art der Verjährung kommt es blos auf das Stillschweigen desjenigen an, dem das Recht zu klagen zusteht. Dieses wird aber durch die blose Anstellung der Klage unterbrochen [10]). Mit Recht entschied daher die Königl. Preußische Gesetzcommission, daß einer majorenn gewordenen Person, welche sich wider einen während ihrer Minderjährigkeit getroffenen nachtheiligen Vergleich vor Ablauf der gesetzlich verordneten vierjährigen Frist mit ihrem Restitutionsgesuche gemeldet, der Einwand der Verjährung nicht entgegen stehe, wenn auch solches so spät geschehen, daß

7) S. *a* WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 219. und Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 398.

8) Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preussischen Staaten I. Th. 9. Tit. 9. Abschn. §. 604. überein, wo es heißt „daß zwischen dem Zeitpunkt der Anmeldung der Klage, und der wirklich erfolgten Bekanntmachung die Verjährungsfrist abgelaufen ist, kommt dem Besitzer nicht zu statten."

9) STRUV in Synt. iuris civ. Exerc. XLIII. Th. 28. — *Praescriptiones aliae temporales sola libelli porrectione interrumpuntur.*

10) *L. 7. pr. Cod. de praescr. 30. vel. 40. ann.* — Si non interruptum erit silentium i: e. etiam per solam conventionem.

daß die Citation erst nach Ablauf dieser Frist dem Gegentheile zugestellet werden können [11]). Uebrigens bemerke ich nur noch, daß, wenn auch gleich die Klage in der Maße, wie sie angebracht worden, als inept, verworfen werden sollte, die vorher ergangene Citation dennoch die Wirkung der unterbrochenen Verjährung behalte [12]), wenn nur der Kläger am Ende den Proceß gewinnt [13]). Denn alles hängt von der Entscheidung der Sache ab.

§. 236. b.

2) Der Gegenstand des Rechtsstreits wird streitig.

Man rechnet ferner zu den Wirkungen der Citation,

2) daß durch sie die Sache streitig werde, die den Gegenstand der angestellten Klage ausmacht [14]). Der Besitzer darf also die strei-

11) Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten 2. Band S. 262. Add. STRYK in Us. Mod. Pandect. lib. IV. Tit. I. §. 9.

12) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. Th. III. Not. 3. *Christoph. Lud.* CRELL Observat. de fructu et effectu negotii inutilis nullius et imperfecti. (*Vitemb.* 1750.) Obs. VI. p. 31. sagt: *Inepto etiam libello actor declarat* ANIMUM PERSEQUENDI IUS SUUM IN IUDICIO, *et sufficit ad praescriptionis interruptionem* INTERPELLATIO IUDICIALIS, *qua serio testamur, nos ius nostrum dimittere omnino noluisse, quamvis igitur libellus ineptus vim libelli plenam non habeat, tamen* PRAESCRIPTIO *per illum* INTERRUMPETUR, *si adversarius citatus fuerit a magistratu.*

13) BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. II. §. XXVI. Not. 5. RAVE doctr. de praescriptione §. 34. n. 3.

14) *Auth.* Litigiosa. *Cod. de litigiosis.* COCCEJI in Iur. Civ. Contr. Lib. XLIV. Tit. 6. Qu. 2. *Car. God.* WINCKLER diss. de litis contestatione vet. et hodiern. Sect. III. §. 5.

ſtreitige Sache während des Proceßes nicht veräußern [15]). Geſchiehet es, ſo iſt die Alienation null und nichtig [16]). Allein nach dem ältern römiſchen Recht brachte erſt die Litiscontestation eine ſolche Wirkung hervor [17]). Denn dieſe war ein Quaſi-Contract, wodurch ſich die Partheyen gleichſam verbindlich gemacht, wegen des in Streit gezogenen Gegenſtandes, das richterliche Endurtheil abzuwarten, und dasjenige zu leiſten, was daſſelbe mit ſich bringen würde [18]). Dieſer Quaſi-Contract war der Grund, warum die ſtreitige Sache, während des Proceßes, nicht veräußert werden durfte [19]). Juſtinian hingegen hat dieſe Wirkung blos auf Realklagen eingeſchränkt, wodurch das Eigenthum einer Sache und zwar hauptſächlich, nicht beyläufig, in Anſpruch genommen wird; und bey dieſen Klagen verordnet, daß ſchon die an den Beklagten gehörig erlaßene Citation allein den Gegenſtand derſelben ſtreitig machen ſolle, weil, nach Aufhebung jenes Quaſi-Contracts der Litiscontestation, die Citation den geſetzmäſigen Anfang des Rechtsſtreits ausmacht, und der Beklagte gleich mit derſelben erfährt, was für eine Sache in Anſpruch genommen werde [20]).

Bey

15) Vid. *tot. Tit. Dig. et Cod. de litigioſis.*

16) *Chriſt. Albin.* ZAHN Diſſ. de litigioſis. *Lipſiae* 1763.

17) *L. 1. §. 1. D. de litig. L. 4. Cod. eodem. L. 13. D. fam. erciſc. L. 2. C. comm. divid.*

18) WINCKLER cit. Diſſ. Sect. II. §. 2.

19) IDEM cit. loc. §. 6.

20) *Nov. CXII.* Cap. 1. — Propterea ſancimus, ut LITIGIOSA dicatur et intelligatur RES, mobilis vel immobilis, *de cuius dominio inter actorem et reum quaeſtio movetur;* vel per IUDICIALEM CITATIONEM etc. nach der Hombergiſchen Verſion.

Bey andern Realklagen, dadurch nicht über das Eigenthum einer Sache gestritten wird, z. B. bey der hypothecarischen Klage, tritt effectus litigiosi nicht ein. Die Erhebung derselben macht das Pfandstück nicht dergestalt zur re litigiosa, daß der Beklagte, während des Processes, das Eigenthum desselben nicht einem andern überlassen könne, wenn nur der Gläubiger von dem Kaufgelde befriediget wird [21]). Noch weniger wird durch Personalklagen eine Sache streitig gemacht [22]).

§. 236. c.

c) Wirkung der Prävention.

Die Ladung ziehet c) die Wirkung der Prävention nach sich [23]), welche darin bestehet, daß, im Falle einer concurrirenden Gerichtsbarkeit mehrerer gleich befugten Richter, derjenige Richter die Untersuchung und Entscheidung der Sache nebst denen mit derselben in unzertrennlicher Verbindung stehenden Punkten allein und mit

sion. Man vergleiche LAUTERBACH in Colleg. Th. pract. Pandectar. Lib. XLIV. Tit. VI. §. 6. sqq. BRUNNEMANN in processu civ. Cap. III. n. 41. §. 4. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. Tit. §. 52. n. V.

21) Cit. *Nov.* 112. *cap.* 1. Hac vero litigiosi appellatione ut HYPOTHECAE eximantur, sancimus, ut — debitori quidem, cuicunque et quando velit, eas vendere liceat: ita tamen, ut ex earum pretio usque ad debiti quantitatem creditori satisfaciat.

22) LAUTERBACH cit. loc. §. 8.

23) GAILL lib. I. Obs. 29. n. 5. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. III. n. 14. sqq. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. expositi. Disp. IV. §. 5. **Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 39.**

mit Ausschliessung des andern vor seine Gerichtsbarkeit ziehen kann, welcher die erste Citation an den Beklagten hat ergehen lassen [24]). Der Grund hiervon beruhet in der offenbaren Billigkeit, damit nicht die nämliche Sache mit doppelten Kosten vor mehreren Gerichten zugleich verhandelt, oder gar die von dem einen Richter bereits entschiedene Sache von dem andern aufs neue in Untersuchung gezogen werde. Eben diese Wirkung findet daher statt, wenn gleich der Beklagte der ihm behörig eingehändigten Citation keine Folge geleistet, sondern ungehorsam ausgeblieben wäre. Denn sollte die Prävention dadurch unwirksam werden, so würde ja der Ungehorsam des Beklagten nicht nur ungestraft bleiben, sondern auch eine Ursache werden, daß aus einem Proceß über den nämlichen Gegenstand mehrere entstünden [25]). Es wird vielmehr durch die Prävention der zuvorkommende Richter dergestalt ausschließlich zuständig, daß kein Theil von ihm wieder abgehen kann [26]). Die L. ult. Cod.

24) Von der Prävention handeln vorzüglich *Per. Franc. de* TONDUTI in Tract. de praeventione iudiciali. *Lugd. Batavor.* 1659. fol. und *Io. Steph.* PÜTTER in Diss. de praeventione atque inde nata praescriptione fori, cum praefatione *Io. Ge.* ESTORIS. *Marb.* 1744. 4. (in EIUS *Opusc.* Nr. 2.) et in Diss. de praeventione in causis appellationis speciatim summorum Imp. tribunalium. *Goett.* 1766. (in *Opusc.* Nr. 12.)

25) RICHTER cit. Princip. §. 5.

26) *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de duarum vel plurium iurisdictionum in una eademque causa conflictu. *Erf.* 1732. rec. *Ienae* 1748. §. IV. giebt die Regel: *Quotiescunque duo vel plures diversi iudices existunt, quorum unicuique per se et in solidum circa unam eandemque causam, de qua controvertitur, vere fundata iurisdictio competit, toties in conflictu legitime praeveniens in iure dicundo profligat removetque praeventum.*

Cod. de in ius vocando drohet sogar dem Kläger den Verlust seines Rechts, wenn er mit Verletzung der Prävention die durch ausgebrachte Ladung einmal anhängig gemachte Sache an den andern Richter bringen würde. Ob nun gleich die heutige Gültigkeit dieser römischen Verordnung aus dem Grunde, weil sie erst in neuern Zeiten vom Cujaz [27]) aus den Büchern der Basiliken wieder hergestellet worden, vielem Zweifel unterworfen ist [28]); so kann doch wenigstens so viel nicht geläugnet werden, daß der Richter, für den die Prävention streitet, gegen die Parthey, die solche verletzt, auf vorgängiges Ansuchen, unbedingte Strafbefehle zu erkennen, und sich durch alle zweckmäsige Mittel bey seiner Gerichtsbarkeit zu schützen, allerdings befugt sey [29]). Jedoch fällt die Wirkung der Prävention alsdenn weg, wenn die Klagschrift als inept verworffen worden ist [30]).

§. 236. d.

27) Obsevat. iur. Rom. Lib. XIII. Cap. 11.

28) *Ulr.* HUBERUS in Praelect. ad Dig. h. t. §. 19. pag. 107. *(edit. Franequeranae* 1689.) sagt: *Sed est graeca constitutio, ex Basilicis desumta, quae non erat in Codice, cum primum* IUSTINIANI *disciplina in orbe Christiano recepta est: ideoque non habet Legis vim in iudicii.* Man vergleiche, was ich von diesen legibus restitutis im I. Theile meines Commentars §. 53. S. 325. und besonders §. 56. gesagt habe. Daß indessen die angeführte *L. ult. Cod. de in ius voc.* bey den höchsten Reichsgerichten im Gebrauch seyn soll, behaupten MAURITIUS in Exercit. iur. publ. de S. Caes. Maj. et Imperii iudicio aulico *(Kilonii* 1666.) §. 14. und UFFENBACH de iudicio aulico pag. 155. der sich auch auf ANDLER in iurisprud. publ. et privata beruft. S. auch LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. Lib. XLIV. Tit. I. §. 20.

29) Danz in den angeführten Grundsätzen §. 39. S. 106.

30) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIV. §. 3. Not. 4. IDEM Elect. disceptat. forens. Tit. IV. §. 86. PÜTTER in cit. Diss.

§. 236. d.

d) Wirkung der Rechtshängigkeit.

Durch Anstellung einer förmlichen Klage, und darauf erkannte und gehörig insinuirte Ladung wird ferner d) eine Litispendenz in der Maaße bewirkt, daß der Rechtsstreit bey dem Gericht, wo er einmahl anhängig gemacht worden ist, fortgesetzt werden muß, wenn gleich der Beklagte hernach durch Standes, oder Wohnungsveränderung unter ein anderes Forum kommen sollte [31]), oder gar die Person des Beklagten durch eintretenden Todesfall verändert würde [32]). Schon das römische Recht [33]) schreibt diese Wirkung zum Theil der

in

Diss. de praevent. et inde nata praescript. fori Cap. V. §. 75. et 120.

31) *Clem.* 2. *Ut lite pendente nihil innov. Cap.* 19. *X. de foro compet. de* COCCEJI in Iure civ. controv. Lib. XLIV. Tit. I. Qu. 2. L. B. a WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 361. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Decis. LXVI. n. 6. **von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden** P. CXXII. Nr. 1. *Io. Wilh.* DIETMARI Progr. de praeventione et litispendentia. *Ienae* 1757.

32) **Daher muß der Erbe des Beklagten, er sey, wes Standes er wolle, den Gerichtsstand des verstorbenen Erblassers anerkennen, wenn mit demselben die Sache schon rechtshängig gemacht worden ist.** *L.* 34. *D. de iudiciis.* LAUTERBACH in Colleg. Pandect. Th. Pr. lib. V. Tit. I. §. 57. **und** *Io. Christoph.* KOCH in Diss. de foro heredis. Giess. 1771. §. 8.

33) *L.* 7. *D. de iudiciis.* Si quis, posteaquam in ius vocatus est, miles vel alterius fori esse coeperit, in ea causa ius revocandi forum non habebit, quasi praeventus. **Die Redensart** REVOCARE FORUM **heißt so viel als** *fori exceptione uti*, i. e. *allegare, se ibi iudicium suscipere minime teneri.*

in ius vocationi zu; und wenn gleich das kanonische Recht [34]) überhaupt verordnet, daß der Zustand eines solchen anhängig gemachten Rechtsstreits weder durch Ablehnung des einmal begründeten Gerichtszwanges noch durch Auswirkung nachtheiliger Rescripte, und andere dergleichen Attentate geändert werden soll, so ist doch deswegen nicht zu behaupten, daß durch das päbstliche Recht der blosen Einhändigung der Ladung auch diejenigen Wirkungen der Rechtshängigkeit seyen mitgetheilt worden, welche nach dem römischen Rechte nur die Litiscontestation hervorzubringen vermochte [35]). Selbst die angeführte Clementine bestimmt die Sache sehr genau, und giebt mit den Worten: Quum, lite pendente, nihil debeat innovari; litem *quoad hoc* pendere censemus, postquam a iudice competente in ea citatio emanavit, et ad partem citatam pervenit etc. deutlich genug zu erkennen, daß diese Litispendenz von der blosen Ladung nur quoad hoc, nämlich keine Neuerungen vorzunehmen, sondern dem Proceße in der Maaße, wie er anhän-

teneri, atque alibi conveniri debuisse, wie solche *Casp.* ZIEGLER in Praelect. publicis in Decretales lib. II. Tit. 2. ad cap. 19. de foro compet. richtig erklärt. Mit der angef. *L.* 7. ist noch zu verbinden *L.* 19. *D. de iurisdict.*

34) Auser den angeführten Texten gehört auch tot. Tit. Decretal. *Ut lite pendente nihil innovetur* (lib. II. Tit. 16.) hierher, welchen *Casp.* ZIEGLER in den angeführten Praelectionib. publicis in Decretales vortreflich erläutert.

35) Man vergleiche vorzüglich *Dan.* SCHÜTTE Diss. de praescriptione litispendentiae. *(Goett.* 1784.) Cap. I. §. 4. Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen I. Bandes 3. Th. Resp. XCVIII. n. 43. ff. S. 816. und Danz Grundsätze des ordentlichen bürgerl. Processes §. 38. S. 99.

anhängig gemacht worden ist, seinen Lauf zu lassen, verstanden seyn solle, ohne deswegen alle übrige Wirkungen der Litiscontestation darunter zu begreifen. Daher behaupten nicht nur die Ausleger des päbstlichen Rechts [36]), sondern auch andere practische Rechtsgelehrten [37]), daß z. B. die Wirkung der Fortdauer und Perpetuirung einer Klage, desgleichen die Wirkung des Uebergehens solcher Klagen, die aus einem Verbrechen entspringen, auf die Erben, noch immer zu den Folgen der Litiscontestation und Einlassung auf die Klage nach der hierin nicht geänderten Verordnung des römischen Rechts [38]) zu rechnen, und hierzu die blose Insinuation der Ladung keinesweges hinlänglich sey.

§. 236. e.

e) Perpetuirung der Gerichtsbarkeit.

Durch eine gehörig erlassene Citation wird endlich e) auch die Gerichtsbarkeit perpetuirt, das ist, wenn der Richter nur eine aufgetragene Gerichtsbarkeit

36) ENGEL in Colleg. iuris canon. Lib. II. Tit. V. n. 6. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 596. *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 148. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. German. Tom. II. P. III. §. 181.

37) LAUTERBACH in Colleg. Theor. pract. Pandectar. h. t. §. 43. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XXIII. §. 2. Idem in Elect. disceptat. forens. Tit. IV. Obs. 5. n. 4. *de* COCCEJI in Iur. Civ. controv. h. t. Qu. 8. Nr. IV. EMMINGHAUS ad Eundem Not. o. *Car. God.* WINCKLER de discrimine inter litis contestationem iure vet. ac hodierno Sect. III. §. 3. et 4. Pütter a. a. O. n. 46. u. 47. Danz a. a. O. S. 99.

38) *L. ult. Cod. de praescript. XXX. vel XL. annor. §. 1. I. de perpet. et temp. action. L. 164. D. de Reg. Iur. L. 13. pr. D. de iniuriis.*

keit hat, so kann er solche in der Sache, in welcher er Citation erlassen hat, fortsetzen, wenn auch gleich derjenige, der den Auftrag ertheilet hat, ehe die Sache geendiget ist, mit Tode abgehen sollte [39]). Diese Wirkung hat das kanonische Recht der Ladung beygelegt [40]). Denn nach dem römischen Rechte wurde erst durch die Litiscontestation eine Perpetuirung der Gerichtsbarkeit bewirkt, wie ich an einem andern Orte gezeigt habe [41]).

§. 237.

Fälle, in welchen die Citation ihre rechtliche Wirkung verliert.

Die bemerkten Wirkungen einer ergangenen Ladung fallen jedoch in folgenden Fällen weg.

1) Wenn beyde Theile weder selbst noch durch Anwälde in dem anberaumten Termine erscheinen, ohne denselben gehörig abgekündiget zu haben. In diesem Fall wird Terminus pro circumducto gehalten, und die Ladung verliehrt hierdurch alle Kraft [42]). Wenn hingegen nur der Kläger im erstern Termine ausbleibt, so wird dadurch die Ladung nicht ganz ungültig. Zwar wird die Citation in so weit circumducirt, daß der Beklagte auf sein Ansuchen von der Instanz losgesprochen

39) *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 8. Nr. III. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 43. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. German. Tom. II. P. III. §. 180. Nr. IV. pag. 267. **Ein merkwürdiges Beyspiel führt Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. §. 134. an.**

40) *Cap.* 20. *X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

41) **Siehe dieses 3. Theils 1. Abschn. §. 208. S. 252.**

42) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de termino circumducto. *Ienae* 1709. CARPZOV Respons. lib. II. Tit. III. Resp. 47. n. 5. sqq.

werden kann [43]), welches die Folge hat, daß die Klage für nicht angestellt gehalten wird, mithin der Kläger solche aufs neue anstellen, dem Beklagten aber erst die Kosten des versäumten Termins erstatten, und zugleich Sicherheit wegen Fortsetzung des Proceßes bestellen muß [44]). Allein die Wirkung der Prävention wird dadurch nicht aufgehoben, sondern der Kläger ist bey Anstellung der neuen Klage an den vorigen Richter gebunden [45]). Es wäre denn, daß der Beklagte den Ungehorsam des Klägers nicht angeklagt, und hierdurch in die Aufhebung des Termins gewilliget hätte, in welchem Falle es eben so gut ist, als ob beyde Theile nicht erschienen wären, und auch die Wirkungen der Prävention und Litispendenz fallen weg [46]).

2) Wenn die Citation einen wesentlichen Mangel hat. Stellet sich jedoch der Vorgeladene, des Mangels ohngeachtet, freywillig; so erhält dadurch die Ladung ihre volle Kraft, und die Einrede gegen die mangelhafte Citation findet nicht weiter statt, wenn er die ihm in derselben auferlegte Handlung einmal ohne Protestation verrichtet hat [47]).

43) *L. 73. in fin. D. de iudic.*

44) CARPZOV in Processu iuris Tit. VIII. Art. I. n. 9. et 29.

45) CARPZOV in Processu Tit. IX. Art. 3. n. 70. et 71. *Tob. Iac.* REINHARTH in Diss. de conflictu iurisdictionum §. 13. in fin. PÜTTER in Diss. cit. de praeventione et inde nata praescr. fori Cap. V. §. 74. **Danz in den Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes** §. 39. Not. n.

46) ZANGER in Tract. de exceptionib. P. II. Cap. XIII. n. 11. sqq. MEVIUS P. II. Decis. 67. WILDVOGEL cit. Diss. §. 14.

47) GAILL lib. I. Obs. 58. WERNHER Tom. I. P. I. Obs. 346. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXII. medit. 6. **Danz in den Grundsätzen des ordentl. bürgerl. Processes §. 117.**

Lib. II. Tit. V.

Si quis in ius vocatus non ierit, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

§. 238.

Edict des Prätors wider diejenigen, die der in ius vocationi privatae **keine Folge leisteten. Strafe. Entschuldigungsursachen.**

Dieser und die folgenden beyden Titel beziehen sich noch auf die römische in ius vocatio privata. Es war eine Hauptmaxime derselben, daß der Beklagte gleich folgen, und zum Prätor mitgehen mußte, wenn er nicht Caution leisten konnte. Verweigerte der Vorgeladene beydes, so konnte zwar der Kläger Gewalt brauchen. Allein es war nicht eines jeden Klägers Sache, mit dem Beklagten handgemein zu werden. Deswegen verordnete der Prätor, daß er den Ungehorsamen nach Befinden der Sache in eine Geldstrafe verurtheilen werde [48]). Dagegen entschuldigte jedoch den Beklagten:

1) wenn die Ursache seines Benehmens gegen den Kläger nicht sowohl Verachtung der Obrigkeit, als vielmehr eine gänzliche Unkunde der Rechte (rusticitas) zum Grunde hatte.

2) Wenn dem Kläger durch das Aussenbleiben des vor Gericht geforderten kein Schade erwachsen; es war z. B. ein Feyertag, an welchen ohnedem kein Gericht gehalten wurde.

48) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

3) Wenn die Obrigkeit, vor welche der Beklagte gefordert worden, notorisch incompetent war. Glaubte blos der in ius vocatus, daß er dem Gerichtszwange dieser Magistratsperson nicht unterworfen sey, es beruhete aber die Sache noch auf weiterer Erörterung, so mußte der Beklagte in einem solchen zweifelhaften Falle doch erscheinen, *ut hoc ipsum sciatur, an iurisdictio eius sit*, wie Paulus [49]) sagt. Endlich

4) wenn ein solcher der Stimme des Klägers kein Gehör gegeben hatte, der nach dem Edict des Prätors nicht privatim hätte in ius vocirt werden sollen. Von dieser letztern Entschuldigungsursache ist zwar in den Gesetzen dieses Titels selbst nichts zu finden, allein sie erhellet aus der Rubrik dieses Titels, und der Ueberschrift der L. 48. D. de verb. Significat [50]).

§. 239.

Heutiger Gebrauch dieses Titels. Vor wen gehört das Erkenntniß über die Zuständigkeit des Richters? Wie? Wenn die Jurisdiction unter mehreren Richtern streitig ist, findet in diesem Falle eine Strafe des Ungehorsams statt?

Nach heutigem Rechte ist zwar eine solche in ius vocatio privata unverbindlich, dergleichen hier vorausgesetzt wird. (§. 220. S. 299.) Es kann daher auch von keiner Strafe des Ungehorsams in einem solchen Falle die Rede seyn. Allein ist die Citation auf ausdrücklichen Befehl des competenten Richters geschehen, und der Geladene hat derselben absichtlich keine Folge geleistet, so kann

49) *L. 2. pr. h. t.*

50) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5.

kann der Richter unstreitig auch noch heutiges Tages den Ungehorsamen in eine Geldstrafe verurtheilen [51]). Vorgeschützte Einfalt und gänzliche Unwissenheit der Rechte kann heutiges Tages auch selbst den Landleuten nicht weiter zur Entschuldigung gereichen, indem eines Theils jeden Menschen schon die Vernunft lehrt, der Obrigkeit gehorsam zu seyn, und ihre Befehle mit Ehrerbietung zu befolgen [52]), andern Theils aber es den Landleuten nicht an Gelegenheit fehlt, erfahrne Leute zu Rathe zu ziehen, folglich, wenn sie dieses, ihrer Schuldigkeit gemäß, nicht gethan haben, gegen ein so ausserordentliches und grobes Verschulden ihnen keine Unwissenheit zu statten kommen, und sie gegen die verwirkte Strafe des Ungehorsams entschuldigen kann [53]). So wie jedoch die von einem offenbar incompetenten Richter erlassene Citation von gar keiner Wirkung ist; (§. 226. S. 313.) so kann auch, falls der Geladene dieser keine Folge geleistet, von keiner Strafe des Ungehorsams die Rede seyn, welche hingegen in dem Falle allerdings statt findet, wenn die Zuständigkeit des ladenden Richters nur zweifelhaft war, weil in einem solchen Falle die Gesetze den Geladenen ausdrücklich verbinden, sich gebührend vor Gericht zu stellen, und daselbst seine vermeintliche Einrede anzuführen.

51) LAUTERBACH in Colleg. Pand. Theor. Pract. h. t. §. 7.

52) Es findet hier allerdings statt, was Javolen sagt *L.* 199. *D. de Reg. Iur.* Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.

53) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCLXXXIX. med. 4. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. III. Obs. 477. SCHORCH in sentent. et respons. Sent. CCIX. n. 12. CANNGIESER in Decision. summi procat. senat. Hasso-Cassell. T. I. Decis. 153. n. 1.

führen [54]). Wer ist aber über diese Einrede zu erkennen befugt? Man unterscheide; der Streit ist entweder darüber, ob dem Richter, der die Citation erlassen, überhaupt eine Gerichtsbarkeit zustehe, oder ob seine Gerichtsbarkeit in der gegenwärtigen Sache gegründet, oder ob der Vorgeladene dem Gerichtszwange desselben unterworfen sey. Im ersten Fall ist der ladende Richter, da der Streit ihn selbst betrift, in dieser Sache zu erkennen nicht befugt [55]); wohl aber in den beyden letztern Fällen, weil er hier nicht in seiner eigenen Sache Recht spricht, sondern über sein öffentliches Amt [56]). Nun ist es Pflicht eines jeden Richters, die ihm anvertraute Gerichtsbarkeit kräftigst zu handhaben, und gegen alle Eingriffe zu vertheidigen [57]). Der Richter erkennt nun entweder, daß die Sache nicht vor dieß Gericht gehöre, und spricht daher den Beklagten von diesem Gerichtszwange frey [58]), oder

54) *L.* 5. *D. de iudic.* Man erinnere sich hier an dasjenige, was ich an einem andern Orte S. 313. Not. 4. hiervon ausführlicher gesagt habe.

55) Die Untersuchung dieser Sache gehört für den Oberrichter. S. CARPZOV in Iurispr. for. P. I. Const. III. Def. XI. n. 1. et 2. ZANGER in Tr. de exceptionib. P. II. Cap. I. n. 446. KLOCK Consil. Tom. I. Cons. XIV. n. 131. sqq.

56) *L.* 2. §. 1. *L.* 5. *D. de iudic. L.* 2. *pr. D. h. t. Cap.* 7. *de privileg. in* 6*to.*

57) ENGEL in Colleg. univ. iuris canon. Lib. II. Tit. II. §. 5. STRYK in Us. Mod. Pandect. h. t. §. 1. LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandect. h. t. §. 6. **Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerlichen Processes §. 25. S. 60.**

58) **Der Richter kann in diesem Falle auch nach Befinden der Umstände den Kläger zur Erstattung aller verursachten Unkosten und Schäden verurtheilen.** S. GAILL lib. I. Obs. 34. n. 4.

oder er erkennt, daß seine Gerichtsbarkeit in der gegenwärtigen Sache gegründet sey, folglich Beklagter bey Strafe des Ungehorsams sich vor diesem Gericht auf die Klage einzulassen schuldig. Im letztern Fall findet zwar, wenn der Beklagte durch diesen Bescheid beschwert zu seyn glaubt, die Appellation statt [59]). Allein ist das Erkenntniß einmal rechtskräftig geworden, so kann, wenn der Beklagte nicht erscheint, in der Hauptsache selbst gegen den Ungehorsamen verfahren werden [60]). Wie aber? wenn über die Gerichtsbarkeit unter zwey Richtern Streit entstanden wäre, und der eine von denselben zwar die Citation an den streitigen Unterthan erlassen, der andere aber demselben bey Strafe verbothen hätte, der Ladung Folge zu leisten? Kann unter diesen Umständen den Vorgeladenen entweder in Aussenbleibungsfalle die Strafe des Ungehorsams, oder im Erscheinungsfalle die von dem andern Richter gedrohete Strafe des Verbots treffen? Ich glaube nicht. Denn einmal gebührt es keinem Unterthan, keiner Privatperson, mithin auch dem Vorgeladenen nicht, über das Recht der streitenden Richter zu urtheilen, und dem einen oder dem andern Theile beyzupflichten. So lang also der Oberrichter den Streit nicht entschieden hat, ist der Citirte weder des einen noch des andern Richters Unterthan. Die streitenden Richter sind ja hier nicht als Richter, sondern nur als Partheyen anzusehen. Sodann aber nehme man zuerst den Fall an, der Geladene sey nicht erschienen, und daher in die Stra-

59) *Arg. c.* 34. X. *de Rescript.* MYNSINGER Centur. XVI. Obs. 88. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 3.

60) S. *de* COCCEJI in Iure Civ. Contr. h. t. Qu. 1.

fe des Ungehorsams wirklich verurtheilt worden. Hier sind zwey Fälle denkbar. Entweder der Oberrichter erkennt, daß dem Richter, der die Citation ergehen lassen, in der streitigen Sache die Gerichtsbarkeit zustehe, oder daß er ganz incompetent sey. Im letztern Falle wird das verdammende Urtheil des citirenden Richters ohnehin nicht gelten [61]). Allein auch im erstern Falle wird die erkannte Strafe des Ungehorsams wegfallen, weil dieser Richter doch eigentlich nun erst durch das Erkenntniß des Oberrichters für zuständig ist erklärt worden, mithin vorher kein Ungehorsam denkbar war [62]). Nun setze man hingegen, der Vorgeladene sey erschienen, und habe sich vor dem citirenden Richter, des von dem gegenseitigen Richter an ihn ergangenen Verbots ungeachtet, auf die Klage eingelassen; kann der Strafbefehl des andern Richters an ihm vollstreckt werden? Keinesweges, denn, wenn sich's auch am Ende finden sollte, daß der citirende Richter nicht der gehörige Richter des Beklagten gewesen, so kann doch dem Vorgeladenen hierbey um so weniger etwas zur Last gelegt werden, da es ja einem Beklagten erlaubt ist, die Jurisdiction zu prorogiren [63]).

61) *L. 4. Cod. Si a non compet. iudice.*

62) *L. 53. §. 3. D. de re iudic.*

63) Man sehe vorzüglich HOMMEL in Rhapsod. Quaestion. for. Vol. V. Observat. 697.

Lib. II. Tit. VI.

In ius vocati ut eant, aut ſatis vel cautum dent.

§. 240. a.

Sicherheitsleiſtung des Beklagten, wodurch er ſich von der Gewalt des in ius vocantis **befreyen konnte. Bedeutung des Worts** *Vindex*. **Wahre Beſtimmung und Qualität deſſelben.**

Wenn bey der in ius vocatione privata der Römer der Beklagte einen Bürgen ſtellen konnte, welcher für ihn gut ſagte, daß er vor Gericht erſcheinen würde, oder welcher gar für ihn erſchien, und ihn im Gericht vertheidigte, ſo mußte ihn der Kläger ſofort loslaſſen, oder er ſetzte ſich einer Injurienklage aus. Schon in den XII Tafelgeſetzen war verordnet: SI EN SIET, QUI IN IUS VOCATUM VINDICIT, MITTITOD [64]). Dieſe Worte erklärt Gellius [65]) folgendermaßen: Si tamen ſit aliquis, qui pro in ius vocato vel prenſo fideiubeat, dimittitor. Cajus hingegen in ſeinem Commentar über die XII Tafelgeſetze [66]) drückt ſich ſo aus: In ius vocatus dimittendus eſt, ſi quis eius perſonam defendet. Ein ſolcher Bürge wurde *Vindex* genennt, welches Wort Feſtus [67]) ganz richtig davon ableitet, quod vindicet, quo-

64) S. *Iacob.* GOTHOFREDUS in Fragm. XII. Tabular. in Deſſelben *Fontib. quatuor iuris civ.* und *Io. Nicol.* FUNCCIUS ad LL. XII. Tabular. pag. 72. ſqq.

65) *Noct. Atticar. Lib. XVI. Cap.* 10.

66) *L.* 22. *D. de in ius vocando.*

67) de Verb. Signif. voc. *Vindex.*

quominus is, qui prenſus eſt, ab aliquo teneatur. Denn das Wort *vindicare* heißt hier ſo viel als iuſto ac legitimo modo in ius vocatum liberare ac defendere [68]). In den Geſetzen unſerer Pandecten findet man jedoch den Ausdruck *vindex* nicht mehr. Denn ſchon Salmaſius [69]) hat bemerkt, daß ſich die Verfaſſer unſerer Pandecten aller der alten Ausdrücke und Formeln, mit welchen man ſich ehemahls für andere verbindlich zu machen pflegte, weil ſie zu ihren Zeiten ſchon obſolet waren, überall ſorgfältig enthalten, und ſtatt deren blos die Benennung *fidejuſſor* beybehalten haben, welche denn auch in den Geſetzen dieſes Titels vorkommt. Ueber die eigentliche Beſtimmung und Abſicht jenes *Vindex* denken die Rechtsgelehrten ſehr verſchieden. Der ſchon öfters angeführte van Hees [70]) behauptet, dieſer vindex habe die perſönliche Vertheidigung des Beklagten übernommen, und ſey für ihn vor Gericht erſchienen. Allein der ſel. Hofr. Meiſter [71]) hält ihn für einen wahren Bürgen, der für die Schuld des Beklagten, weshalb derſelbe vor Gericht gefordert worden, zu mehrerer Sicherheit des Klägers, mittelſt einer Stipulation, gutgeſagt, und hierdurch den Beklagten von der Gewalt des Klägers befreyet habe. Wegen der eben angeführten Zeugniſſe des Cajus und Gellius wage ich es zwar nicht, dieſe Vorſtellungen

68) CICERO *de inventione Lib. II. cap.* 54. ſagt: VINDICATIO *eſt, per quam vis et iniuria et omnino omne, quod obfuturum eſt, defendendo aut ulciſcendo propulſatur.*

69) *de modo uſurar.* Cap. XVI. p. 699.

70) in Diſſ. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigatores ante L. C. fiebant. Cap. II. §. 36. et 37.

71) in Progr. ſub Tit. Vindex et Vas Cap. I. §. 9. in *Opuſc.* T. I. Nr. VI. pag. 288. ſqq.

lungen ſchlechthin zu verwerfen. Allein die Geſetze dieſes Titels der Pandecten lehren uns wenigſtens, daß nach dem Edict des Prätors der Beklagte blos iudicio ſiſtendi cauſa den Bürgen habe ſtellen müſſen[72]). Der Bürge verſprach alſo mittelſt der Stipulation, dafür gut zu ſeyn, daß der Beklagte an einem dem Kläger beliebigen Tage vor Gericht erſcheinen ſolle[73]). Eigentlich mußte nun zwar dieſer ein tüchtiger Bürge (fideiuſſor locuples) ſeyn, von deſſen Eigenſchaften in dem Titel: *Qui ſatisdare cogantur etc.* ein mehreres vorkomt; allein unter nahen Anverwandten mußte jeder Bürge angenommen werden[74]).

§. 240. b.

Heutiger Gebrauch dieſes Titels.

Unſer Verfaſſer meint, daß heutiges Tages von dem Inhalt dieſes Titels gar kein Gebrauch zu machen ſey, weil er blos auf die römiſche in ius vocatio privata ſeine Beziehung hat. Dieſe Meinung gewinnt dadurch noch mehrern Schein, daß ſelbſt nach dem neuern röm. Recht[75]) der vor Gericht geforderte Beklagte nicht ſogleich

72) *L.* 1. *et* 4. *D. h. t.* Siehe auch HEINECCIUS in Opuſcul. poſtum. ſ. hiſtoria edictor. pag. 343.

73) Man vergleiche *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digeſta h. t. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. WESTENBERG in Princip. iur. ſec. ord. Digeſtor. h. t.

74) *L.* 1. 2. *et* 3. *D. h. t.*

75) *Nov. LIII. cap.* 3. *Auth.* Offeratur. *Cod. de litis conteſtat.*

gleich mitzugehen schuldig war, sondern demselben eine Bedenkzeit von wenigstens zwanzig Tagen gelassen werden mußte, um bey sich überlegen zu können, ob er es auf den Proceß ankommen lassen, oder den Kläger lieber in Güte befriedigen wolle. Es kann auch nicht geläugnet werden, daß, wenn die Ladung, wie heut zu Tage gewöhnlich ist, auf ausdrücklichen Befehl des gehörigen Richters durch den Gerichtsdiener geschiehet, der Vorgeladene sich durch keine Cautionsleistung von der Verbindlichkeit vor Gericht zu erscheinen, zu befreyen im Stande sey, sondern schlechterdings erscheinen oder nachtheilige Folgen gewärtigen müsse [76]). Insofern jedoch die in ius vocatio privata auch noch heutiges Tages statt finden kann, (§. 220. S. 298.) oder von einer Real-Citation (§. 222.) die Rede ist, so kann von diesem Titel allerdings noch Gebrauch gemacht, und durch Caution die Folge des Arrests vermieden werden [77]).

76) STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 1.

77) HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 6. et 7.

Lib. II. Tit. VII.

Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.

§. 241.

Strafe desjenigen, der einen vor Gericht geforderten Beklagten aus des Klägers Händen durch Gewalt oder List befreyet hatte. Erläuterung der *L.* 5. *§.* 1. *D. h. t.* Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Daß der Kläger, wenn der Beklagte seinem Rufe nicht folgen, und gutwillig mit ihm gehen wollte, Gewalt brauchen konnte, ist bereits oben (§. 218. S. 288.) bemerkt worden. Wenn nun ein Dritter sich dem Kläger in diesem rechtmäsigen Unternehmen widersetzte, und den Beklagten mit Gewalt aus des Klägers Händen befreyete, gesetzt auch, daß es nicht gerade mit bösen Vorsatz sondern blos in der irrigen Meinung geschehen, als ob der Kläger nicht befugt gewesen, den Beklagten mit Gewalt vor's Gericht zu ziehen; oder wenn auch nur der Dritte sonst durch List und Bosheit es veranlaßte, daß der Beklagte entkam, und sich nun nicht vor Gericht stellete; so gab der Prätor dem Kläger gegen diesen Dritten eine Klage (actionem in factum), wodurch er auf eine Privatgeldstrafe klagen konnte, welche der Kläger selbst nach Verhältniß des Gegenstandes derjenigen Klage bestimmte, die er wider den vorigen nun entkommenen Beklagten anstellen wollte. Diese mußte der Dritte, und nunmehrige Beklagte bezahlen, wenn er auch beweisen konnte, daß der Kläger von dem durch

ihn

ihn losgekommenen Beklagten wirklich nichts zu fordern gehabt hätte. Denn auch dem Chikaneur stand diese Pönalklage zu, nicht sowohl, um dadurch die Strafwürdigkeit eines verachteten obrigkeitlichen Ansehens desto bemerklicher zu machen, als vielmehr aus besondern Faveur gegen diejenigen, welche auf dem gesetzlichen Wege ihr Recht suchen, und mit Hülfe der Obrigkeit solches geltend machen wollen, aber auch aus gerechtem Eifer und Mißfallen über Thathandlungen, wodurch man den Lauf der Rechtspflege zu hindern suchte. Folgende Stellen aus **Ulpians und Paulus** *libris ad Edictum* sind hier besonders merkwürdig: Hoc Edictum Praetor proposuit, ut metu poenae compescerent eos, qui in ius vocatos vi eripiunt [78]). Quod Praetor praecepit, *vi eximat*: vi an et dolo malo? sufficit vi, quamvis dolus malus cesset [79]). — Sed EXIMENDI verbum generale est, ut POMPONIUS ait: *eripere* enim est de manibus auferre per raptum: *eximere* quoquo modo auferre: utputa si quis non rapuerit quem, sed moram fecerit, quominus in ius veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit [80]). — In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur, quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est, ab actore aestimata, de qua controversia est. Hoc enim additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi [81]). **Ueber diese letztere**

78) *L. 1. pr. D. h. t.*

79) *L. 3. §. 2. D. h. t.*

80) *L. 4. D. eod.*

81) *L. 5. §. 1. D. eod.*

tere Stelle ist viel gestritten worden. Lesenswürdig ist, was insonderheit Johann Steck [82]) und Jacob Gothofredus [83]), gegen Anton Faber [84]) mit grosser Gelehrsamkeit darüber geschrieben haben. Das Resultat ihrer Meditationen ist, daß die Worte *ab actore* nicht, wie Faber will, wegzustreichen, sondern theils wegen des ganzen Zusammenhangs, theils weil sie auch in den Basiliken stehen, beybehalten werden müßten; der Kläger auch das, was er als Strafe von dem Exemtor zu fordern berechtigt war, nicht mittelst Eides bestimmt [85]), sondern gegen denselben gerade darauf geklagt habe, was seine Klage gegen den ihm entrissenen erstern Beklagten enthielt [86]). Diese Erklärung bestätigt auch, wie ich noch hinzu-

82) in Vindicationib. legum anticrit. Cap. I. In *Ev.* OTTONIS *Thes. Iur. Rom. Tom. I.* p. 510.

83) in Animadversion. iuris civ. libro Cap. I. In *Thes. Iuris Rom. Otton. Tom. III.* pag. 266. sq.

84) in Rational. in Pandect. ad L. 5. §. 1. D. h. t.

85) Hierin stimmen auch *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in IV. libr. Institution. Iustin. (*Lugd.* 1588. *fol.*) ad §. 12. I. de action und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 4. überein.

86) *Io.* STECK a. a. O. sagt: *Sensus igitur legis est: Non ad id, quod vere debetur actori ab exemto, condemnatur, qui exemit, sed ad eam summam, quae ab actore in libello petita, licet exemtus forte tantam non debuerit. Sibi enim imputet, quod, cum exemerit in ius vocatum, summam petitam ab actore, forsan debito maiorem, solvere teneatur: dico, summam libello petitam, quae est aestimatio illa actoris, de qua lex loquitur.* Und eben so *Iac.* GOTHOFREDUS a. a. O. pag. 270. *Verissimum igitur tandem est, in eum, qui in ius vocatum vi exemit, petitionem eius dari actori, quod ipse ab in ius vocato libello suo petiit:* Libello *inquam, qui petitionis*

hinzufüge, Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [87]), welcher sagt: Τὸν ἐμὸν, ὑπεύθυνον, ἀγόμενον ἐπὶ δικαστήριον, βίᾳ ἐξείλετό τις, ἢ κατὰ δόλον οὐ συνεχώρησεν ἐλθεῖν ἐπὶ τὸ δικαστήριον, καταδικασθήσεται τῇ in factum, τοσοῦτον, ἅπαι τόυμενος, ὅσον, ἐγὼ τόν καλούμενον ἐπὶ τὸ δικαστήριον ἀπήτεν: d. i. Eum, qui obligatus mihi erat, in ius vocatum, vi aliquis exemit, aut per dolum non permisit in iudicium venire, condemnabitur actione in factum, et *tantum ab eo exigetur, quantum ego ab illo in ius vocato exigebam.* Als Pönalklage hatte diese actio in factum nicht gegen die Erben statt, sie dauerte auch nicht länger als ein Jahr [88]); sie befreyete auch den Beklagten, welcher eximirt worden, von dem Anspruche des Klägers nicht [89]), und wenn mehrere an der unerlaubten Handlung der Exemtion Antheil genommen, so konnte die Klage gegen einen jeden auf das Ganze angestellet werden [90]).

Wenn heutiges Tages sich der Fall ereignen sollte, daß ein Dritter den vor Gericht geladenen Beklagten boshafter Weise abhalten sollte, vor Gericht zu erscheinen, so wird derselbe nicht nur für diese Frevelthat willkührlich von der Obrigkeit bestraft, sondern er kann auch von dem

summam vel quantitatem olim continere debebat. L. 2. Cod. Hermog. de calumniator. et plus petendo, et L. 2. §. 5. D. Qui satisd. cog.

87) Lib. IV. Tit. VI. §. 12. in fin. *edit.* REITZ Tom. II. pag. 802.

88) *L. 5. §. 4. D. h. t.*

89) *L. 5. §. 3. L. 6. D. h. t.*

90) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

dem Kläger deshalb auf das Interesse belangt werden [91]). Ja diese Klage findet sogar gegen einen Richter statt, welcher dem vor Gericht geladenen widerrechtlicher Weise untersagte, sich zu stellen [92]).

Lib. II. Tit. VIII.

Qui satisdare cogantur, vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur.

---

§. 242.

Eigentlicher Gesichtspunct dieses Titels. Ursachen, warum die Satisdation für sicherer gehalten worden, als die Caution durch Pfand.

In den Gesetzen dieses Titels ist eigentlich nur von den verschiedenen Arten der Cautionsleistung die Rede, wodurch sich bey den Römern der in ius vocatus von der Verbindlichkeit, dem Kläger sogleich zu folgen, befreyen konnte. Diese Caution hieß *de iudicio sisti*, ehemals *vadimonium* [93]), wodurch der Kläger Sicherheit

91) STRYK Us. Mod. Pandect. h. t. §. 1. HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. pag. 118. *Io. Tob.* RICHTER select. iuris princip. ad ord. Digestor. expos. Diss. IV. §. 7.

92) HOMMEL in Rhapsod. Quaest. for. Vol. V. Obs. 697. n. 5. pag. 438.

93) Man vergleiche hier die elegante Dissertation des *Bavii* VOORDA de Vadimonio. *Trajecti ad Rhenum* 1751. in *Dan.* FELLENBERGII *Iurisprud. antiqua.* Tom. II. p. 3. sqq.

erhielt, daß sich der Beklagte zur bestimmten Zeit vor Gericht stellen werde. Ob nun gleich die cautio de iudicio sisti ordentlicher Weise durch Bürgen geleistet wurde, so gab es doch Fälle, wo auch ein eidliches, ja wohl nur ein simples Versprechen zur Caution angenommen wurde. Z. B. wenn jemand, der das ius revocandi domum hatte, in Rom war vor Gericht gefordert worden, (S. 188.) so cavirte der Beklagte durch ein bloses Versprechen, daß er sich zur bestimmten Zeit in seinem Wohnungsorte vor Gericht stellen wolle [94]). Wen unvorhergesehene Ereignisse an der Erfüllung seines eidlichen Versprechens hinderten, beging deshalb keinen Meineid [95]). Hierdurch erklärt sich die Ueberschrift dieses Titels: *vel iurato promittant, vel suae promissioni committantur.* Die Ursache, warum jene Caution nicht durch Pfandgebung bestellet wurde, war unstreitig diese, weil der Kläger, wenn der Beklagte seiner Caution zu Folge nicht vor Gericht erschien, auf das Interesse klagte [96]), so wie dieses bey allen prätorischen Stipulationen üblich war [97]). Da sich nun dieses Quantum nicht immer voraus bestimmen ließ, so konnte man auch nicht wissen, welche Pfänder zur Sicherheit und Genugthuung des Klägers eigentlich genügten. Ueberdem wurde auch die Caution durch Bürgen darum für sicherer gehalten, weil Pfänder nicht immer einen Käufer finden, und manchen Zufällen unterworfen sind, der Richter auch oder die Par-

they

94) *L. 2. §. 7. D. de iudiciis.*

95) *L. 16. D. h. t.*

96) *L. 2. §. 5. D. h. t.*

67) *L. 3. L. 7. D. de stipulat. praetor.*

they mit Verwahrung derselben belästiget wird, dahingegen die Hülfsvollstreckung wider die Bürgen viel leichter ist [98]).

Da diese Materie von den mancherley Cautionen de iudicio sisti, in Hinsicht auf die römische Privat- in ius Vocation allein, freylich zu wenig Nutzen für uns hat, so nimmt unser Verfasser Gelegenheit, hier von den verschiedenen beym Proceß überhaupt vorkommenden Sicherheitsleistungen zu handeln. Der Nutzen einer solchen Lehre bedarf wohl keines umständlichen Beweises, da ohne dergleichen Cautionen, welche die streitenden Partheyen beym Proceß einander leisten müssen, nicht nur das erstrittene Recht des einen Theils, sondern auch das richterliche Ansehen, dem Spott und der Chicane blosgestellet seyn würde.

§. 243.

Begriff und verschiedene Gattungen der Caution.

Cautio, Vorstand, Sicherheit, heißt überhaupt jedes Mittel, wodurch ich den Andern wegen eines etwa zu besorgenden Nachtheils sicher stelle. Hieraus erklären sich mancherley Bedeutungen dieses Worts, die wir in unsern Gesetzen finden [99]). Im eigentlichen

98) NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. *de* COCCEJI in Iure Civ. Controv. h. t. Quaest. 1.

99) So z. B. heißt *Cautio* auch ein jedes Document, jeder schriftliche Aufsatz, welcher zum Beweis, daß eine Verbindlichkeit vorhanden, oder daß sie aufgehoben sey, errichtet worden ist. Daher wird bald der Schuldschein, die Handschrift, die mir mein Schuldner über ein empfangenes Darlehn ausstellt, wie in den *L.* 25. §. *ult. D. de probat.* *L.* 40.

Verstande aber wird Caution eine solche Sicherheit genennt, die ich dem Andern in der Absicht leiste, daß ich meine Verbindlichkeit erfüllen werde, wenn etwa das Gegentheil zu befürchten seyn möchte. In einer dritten noch engern Bedeutung wird *Cautio* für eine solche Sicherheit genommen, welche durch ein bloßes Versprechen geleistet wird [100]), und der Satisdatio, oder Caution durch Bürgen entgegen gesetzt [1]). Der Zweck aller Caution ist also Sicherstellung gegen besorglichen Nachtheil, sie setzt daher jederzeit eine dergleichen Besorgniß voraus, und fällt weg, wo kein Schade zu befürchten ist. Es giebt nun verschiedene Arten der Caution.

A. Siehet man auf die Art und Weise, wie sie geleistet wird, so wird sie entweder durch ein Versprechen, oder auf eine andere Art bestellet. Im ersten Falle wird sie eine Verbal, im andern aber eine Real-Caution genennt. Die erstere ist wieder von zweyerley Art. Sie wird entweder durch ein bloßes Versprechen, daß man seine Verbindlichkeit erfüllen werde, oder durch ein eidliches Versprechen geleistet. Erstere wird ein Vorstand vermittelst der bloßen Angelobung (*cautio nude promissoria*) letztere ein eidlicher Vorstand (*cautio iuratoria s. adiuratoria*) genennt. Die

Real-

L. 40. *D. de reb. cred.* *L.* 40. *D. de minorib.* *L.* 8. *C. de non num. pecun.* bald die Quittung des Gläubigers, wodurch der Schuldner, daß die Schuld getilgt sey, gesichert wird, wie in den *L.* 15. *D. de probat.* *L.* 2. *C. de his, qui accus. poss.* *L.* 32. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.* Cautio genennt.

100) *L.* 3. *Cod. de Verbor. Significat.*

1) *L.* 2. §. 6. *D. de iudic.* *L.* 63. §. 4. *D. pro socio.* S. *Barn.* BRISSONIUS de Verbor. Significatione h. v.

Real-Caution ist ebenfalls wieder sehr verschieden, wenn wir auf die verschiedene Eigenschaft derselben sehen. Sie hat entweder ein gewisses Recht zum Grunde, so demjenigen, zu dessen Besten sie geschiehet, ertheilet wird, oder sie besteht in einem bloßen Besitz und Verwahrung. Im ersten Falle ist das Recht, welches das Mittel der Sicherheit ausmacht, entweder ein persönliches, oder ein dingliches, je nachdem die Caution entweder durch Bürgen oder durch Unterpfand geleistet wird. Erstere wird *Satisdatio* [2]) oder *cautio fideiussoria*, letztere aber *cautio pignoratitia* genennt. Bestehet endlich die Sicherheit in einer bloßen Detention und Verwahrung, so ist der Gegenstand derselben entweder eine gewisse Person, welche zur Sicherheit in Verhaft genommen wird, oder eine gewisse Sache. Im erstern Fall heißt dieses der Vorstand durch den Arrest. Ein solcher findet z. B. statt, wenn ein peinlicher Ankläger wegen der Injurie Schäden und Kosten eine andere hinreichende Sicherheit zu bestellen nicht vermag [3]); desgleichen, wenn Jemand dem andern Unglück und Verderben drohet, und zu befürchten ist, daß er seine Dro-

2) Zuweilen wird jedoch das Wort *Satisdatio* in einem weitläuftigern Verstande genommen, und darunter eine jede Caution, die durch Bürgen oder Pfand bestellet wird, verstanden. *L.* 21. *§. fin. D. de constit. pecun. L.* 49. *in fin. D. de solut. L.* 1. *§.* 9. *D. de collat. bonor.*

3) Carolin. Halsgerichtsordn. Art. 12. KRESS in Commentat. in Constit. Crim. Carol. Art. XII. §. 3. *de* BOEHMER Meditation. in C. C. C. Art. XII. §. 3. Ebendersel be in Observat. select. ad *Carpzovii* pract. nov. rer. criminal. Quaest. CVI. Obs. 2. in fin. MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Pandect. Tom. I. Fasc. II. Obs. 135.

hungen wirklich ausführen möchte, so kann ein solcher Mensch, wenn er keine genugsame Sicherheit, daß er seine Drohungen nicht zur Ausführung bringen wolle, (*cautio de non offendendo*) leisten kann, zur Sicherheit des Bedroheten gefänglich verwahrt werden 4). Im letztern Falle behält entweder der Gläubiger die Sache seines Schuldners, die er aus einer gerechten Ursache inne hat, zu seiner Sicherheit so lange im Besitz, bis die Schuld getilgt worden, oder sie wird dem Richter oder einem dritten sichern Mann in Verwahrung gegeben. Im erstern Falle ist dieses die Sicherheit durch Retention einer Sache 5), im letztern Falle aber die Sequestration.

B. Siehet man auf die wirkende Ursache der Cautionsleistung, so beruhet diese entweder in einer rechtlichen Nothwendigkeit, weshalb man zur Bestellung derselben durch gerichtliche Zwangsmittel angehalten werden kann, oder sie gründet sich auf eine ganz freywillige Convention. Im erstern Fall ist sie eine nothwendige, im andern eine freywillige oder conventionelle Caution. Die Cautionen der erstern Art theilten die Römer wieder in *stipulationes praetorias*, *iudiciales*, und *communes* ein 6). Erstere wurden diejenigen genennt,

4) Peinl. Gerichtsordn. Art. 176. *de* BOEHMER in Observat. select. ad *Carpzovium*. Quaest. XXXVII. Obs. 7.

5) Daß das Zurückhaltungsrecht eine Art der Sicherheitsmittel ist, bestätigen *L.* 15. *§. ult. D. de furt. L.* 13. *§.* 8. *D. de action. emti vend. L.* 5. *D. de dote praeleg. L.* 22. *D. de heredit. vel act. vend.*

6) S. *Tit. Institut. de divisione stipulation.* und *Ian. a* COSTA in Comment. ad Institut. h. t.

genennt, die blos der Prätor verfügen konnte, z. B. die Caution wegen der Vermächtnisse, und de damno infecto. *Iudiciales* hießen diejenigen, welche blos der iudex pedaneus beym Proceß auflegte, z. E. cautio de dolo, ferner die Caution wegen Verfolgung eines flüchtigen Sklavens. *Communes*, welche eben sowohl der Prätor als der iudex pedaneus auferlegen konnte; z. B. stipulatio de rato. Die stipulationes praetoriae [7]) waren wieder von dreyerley Art, entweder *iudiciales*, welche der Prätor zu dem Ende verfügte, um die sichere Ausführung des richterlichen Endurtheils zu decken, und zu hindern, daß selbige nicht durch Chicane des Beklagten vereitelt werden könne, oder, wie Ulpian [8]) sagt, *quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat.* Z. E. cautio iudicatum solvi, cautio ex operis novi nunciatione sc. de destruendo opere, si appareat, non iure exstructum esse: oder *cautionales*, welche nicht nur an sich die Eigenschaft der Klagen haben, und in Form derselben vor Gericht gefordert werden können (*quae instar actionum habent, et vicem earum repraesentant*) [9]) sondern auch blos zu dem Ende auferlegt werden, um dem Gläubiger einen neuen Schuldner zu verschaffen, an den er sich halten kann, (*et, ut nova sit actio, intercedunt*) [10]), z. B.

7) Vid. *Tit. Pandect. de stipulationibus praetoriis* (lib. XLVI. Tit. V.)

8) *L.* 1. *§.* 1. *D. de stip. praet.*

9) *L.* 10. *§.* 3. *D. de compensat. L.* 20. *D. rat. rem haberi.*

10) *L.* 1. §. 2. *D. de stip. Praetor.* Man vergleiche zur Erläuterung dieses Begriffs der *stipulationum cautionalium* vorzüglich *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 2. et 4. I. de div. stipulat. und VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. lib. XLVI. Tit. V. §. 2.

cautio legatorum nomine, de rato [11]), damni infecti, et rem pupilli ſalvam fore; oder *communes*, welche theils zur Sicherſtellung des Gerichts, theils zur Verſicherung des Klägers, daß durch ungehorſames Auſſenbleiben des Beklagten der Lauf des Proceßes nicht aufgehalten werden ſolle, erkannt zu werden pflegen; Ulpian [12]) ſagt: *communes* ſunt ſtipulationes, quae fiunt iudicio ſiſtendi cauſa. Endlich

C. in Anſehung der Dauer ſind die Cautionen entweder *perpetuae*, deren Wirkung dreißig oder mehrere Jahre dauert, und *temporariae*, deren Wirkung auf eine kürzere Zeit eingeſchränkt iſt. Z. B. die ſtipulatio de dolo iſt perpetua, allein cautio de damno infecto wurde nur immer auf eine gewiſſe Zeit geleiſtet, z. E. auf den Fall, wenn das baufällige Haus innerhalb eines Jahres einſtürzen würde. War dieſe Zeit verfloſſen, und das Haus ſtand noch, ohne daß es unterdeſſen repariret worden, ſo mußte der Nachbar aufs neue um eine Cautionsleiſtung bitten [13]).

Hier

11) Eigentlich ſollte wohl die *cautio de rato* vielmehr ad ſtipulationes iudiciales gerechnet werden; weil aus dem Mangel der Legitimation eine Nichtigkeit in Abſicht auf das ganze proceſſualiſche Verfahren entſtehet, und alſo dieſe Caution hauptſächlich mit ad exitum iudicii eiusque ſecuritatem gehört, wie auch ſchon *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in IV. libros Inſtitut. iur. civ. lib. III. Tit. 6. pag. 333. bemerkt hat.

12) *L.* 1. §. 3. *D. de ſtipulat. praetor.* Vergl. auch LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandectar. Tom. III. lib. XLVI. Tit. V.

13) *L.* 13. §. *ult. L.* 14. *L.* 15. *D. de damno inf.*

Hier handeln wir nun blos von den verschiedenen Cautionen beym Proceß, und zwar nach römischen sowohl als heutigen Rechten.

§. 244.

Von den beym Proceß üblichen Cautionen nach römischen Rechte.

Nach dem ältern römischen Rechte machte der Kläger, wenn derselbe im eigenen Namen klagte, gar keine Caution. Der Beklagte hingegen bestellte erstlich cautionem de iudicio sisti, daß er sich auf Verlangen des Klägers jederzeit vor Gericht stellen wolle; zweytens auch in einem gewissen Falle eine satisdatio iudicatum solvi, nämlich wenn derselbe mit einer Realklage in Anspruch genommen wurde [14], und diese ging dahin, daß der Beklagte die streitige Sache herausgeben wolle, so bald er dazu würde condemnirt werden. Eigentlich enthielt aber diese *stipulatio iudicatum solvi*, wie Ulpian [15] bezeugt, dreyerley Klauseln: 1) de iudicato solvendo, 2) de re defendenda usque ad exitum litis, et 3) de dolo malo. Die letztere Klausel ging vor der Litiscontestation bey jedem Besitzer sowohl auf dolum futurum als culpam futuram; in Ansehung des Vergangenen aber ging sie bey einem bonae fidei possessor nur dahin, wenn er etwa nach erhobener Klage vor der Caution die Sache mit Vorsatz von abhänden kommen lassen, daß er deshalb haften wolle, bey einem malae fidei

14) *Princip. Institut. de Satisdation.*

15) *L. 6. D. iudicat. solvi.* S. AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. II. Cap. 10. n. 7.

dei poſſeſſor hingegen auf dolum et culpam zugleich [16]). Jedoch wurde dieſe cautio iudicatum ſolvi eigentlich nur bey einer actione in rem ſpeciali, dergleichen die Rei Vindicatio iſt, beſtellet, denn bey der Erbſchaftsklage cavirte der Beklagte blos de hereditate non minuenda [17]). Konnte der Beklagte keine hinreichende Satisdation de iudicato ſolvendo leiſten, ſo mußte die ſtreitige Sache ſequeſtrirt werden [18]). Die Urſache, warum der Beklagte nur bey Realklagen dergleichen Caution leiſten mußte, nicht aber bey Perſonalklagen, war einmahl, weil Realklagen meiſt körperliche Sachen zum Gegenſtande haben, welche leicht vernichtet, oder abhanden gebracht werden können; dahingegen Perſonalklagen insgemein Quantitäten oder Handlungen betreffen, die nicht deteriorirt noch zu Grunde gerichtet werden können. Zum andern entſtehen perſönliche Klagen immer aus einer gewiſſen Obligation, und werden gegen eine ſolche Perſon angeſtellt, mit der wir contrahirt haben. Haben wir nun derſelben einmahl ohne Bürgen getrauet, ſo dürfen wir auch

16) *L.* 45. *D. Rei Vindic.* S. Weſtphal in dem Syſtem des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz, Eigenthum und Verjährung §. 973. S. 754.

17) *L.* 5. *D. de hereditat. petit.* *Ian. a* COSTA in Commentar. in Iuſtiniani Inſtitut. ad Tit. de ſatisdat. pag. 576. ſq.

18) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. hält dieſe Stelle für einen Tribonianismus, allein ohne hinreichenden Grund. Die Worte APUD OFFICIUM *deponi debebit*, heißen ſo viel als apud aedem ſacram ſeu publicam, quoniam publicae perſonae ac officiales curam habebant aediuin publicarum. *L.* 9. §. 8. *D. de poenis*, *L.* 1. §. 2. *Cod. de commun. ſervo manum.* S. *Pet.* PERRENONIUS in Animadverſion. et var. Lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 15. in fin. In *Theſ. Iur. Rom. Otton.* Tom. I. pag. 611.

auch hernach durch geforderte Caution ihren Zustand nicht verschlimmern. Allein Realklagen werden gegen den Besitzer der Sache angestellt, der sich dem Kläger auf keine Weise verbindlich gemacht hat [19]). Der Unterschied zwischen der cautio de iudicio sisti, und der cautio iudicatum solvi bestand übrigens darin, daß die erstere durch den Tod des Beklagten aufhörte, letztere aber fortdauerte, denn Zahlung kann auch nach dem Tode des Beklagten von desselben Bürgen noch geleistet werden, aber, einen Todten vor Gericht zu stellen, ist unmöglich [20]). Ferner der Fideiussor de sistendo haftete nach erfolgtem Urtheil nicht weiter aus seiner Caution, wohl aber derjenige, der für die Erfüllung des Endurtheils gut gesagt hatte [21]).

Nach dem justinianeischen Rechte muß jedoch auch der Kläger Caution leisten, daß er a) innerhalb zwey Monaten, von Zeit der übergebenen Klagschrift angerechnet, litem contestiren [22]), b) den Proceß bis zum Ende desselben fortsetzen, und c) im Fall er ihn verlieren würde, den zehenden Theil der klagbar gemachten Sum-

19) Vergleiche *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 1. I. de Satisdat. *Ev.* OTTO Commentar. et Not. crit. ad Iustin. Institution. ad eund. §. 1. de Satisdat. *Ulr.* HUBER in Praelect. iuris civ. ad Institut. Lib. IV. Tit. XI. §. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 8.

20) *L. 4. D. h. t. L. 1. Cod. de fideiuss. et mandator.* VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 11.

21) *L. 8. §. 3. in fin. D. de fideiussor.*

22) Es bezieht sich dieses auf die besondere Beschaffenheit der römischen Litis-Contestation, vermöge welcher nur vom Kläger gesagt wurde, *eum litem contestari*, vom Beklagten aber, *quod iudicium acciperet.* Ein mehreres davon ad §. 499.

Summe, als Kostenersatz, bezahlen wolle [23]). Der Beklagte hingegen braucht nur für seine Person zu caviren, daß er den Proceß bis zum Ende abwarten wolle, hingegen eine Satisdatio pro litis aestimatione ist er weiter nicht zu bestellen schuldig, wenn er für seine Person (suo nomine) belangt wird, es mag nun solches mit einer Real- oder Personalklage geschehen [24]). Wer hingegen im Namen eines andern einen Proceß führt, ist entweder Vormund, oder nur ein Anwald desselben. Letzterer soll cautionem de rato machen, wenn er mit keiner hinlänglichen Vollmacht versehen ist [25]). Der Vormund aber, wenn er den Proceß für seinen Pflegbefohlnen selbst vor Gericht führt, ist von dieser Cautionsleistung frey [26]). Tutor enim, sagt **Paulus** [27]), quantum ad providentiam pupillarem, domini loco haberi debet. Wer als Anwald für den Beklagten erscheint, und dessen Sache führt, soll auch satisdationem iudicatum solvi leisten; und zwar soll der Principal selbst diese Caution für seinen Sachwalter machen [28]). Es war dies eine Folge des dominii litis, welches der Procurator nach dem römischen Recht erlangte, vermöge dessen das Urtheil auf seinen Namen gerichtet wurde. Auf solche Art

23) *Nov. XCVI. cap.* 1. *Nov. CXII. cap.* 2. *Auth.* Generaliter. *Cod. de Episcop. et cleric.* et *Auth.* Libellum. *Cod. de lit. cont.*

24) §. 2. *I. de Satisdat.*

25) §. 3. *I. eod.*

26) *L.* 23. *D. de administr. et peric. tutor.* Das Gesetz nimmt jedoch den Fall aus: Si dubitetur, *an tutor sit?*

27) *L.* 27. *D. eod.* *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 3. Instit. de Satisdat.

28) §. 4. *I. de Satisdat.*

Art wurde also der Principal seines eigenen Anwalds Bürge. Von diesem rechtlich fingirten Eigenthum des Rechtsstreits wird im Tit. de Procuratoribus ein mehreres vorkommen.

§. 245.

Von der heutigen Caution der streitenden Partheyen, und deren Anwälden.

Heutiges Tages muß

I) der Kläger im Civilproceß a) Vorstand der Unkosten halber (*cautionem de expensis*) leisten, wodurch er den Beklagten, welchem deshalb die exceptio nondum praestitae cautionis de expensis zustehet, wegen Erstattung der Unkosten, im Falle der Kläger in dieselbe verurtheilt werden sollte, sicherstellt. Von diesem Vorstande sind jedoch diejenigen befreyet, welche entweder von Amtswegen Klage erheben, oder ex Lege diffamari (§. 533.) dazu aufgefordert worden sind, mithin nicht ganz freywillig klagen [29]). b) Vorstand der Wiederklage halber [30]), wenn der Beklagte einen scheinbaren Grund der Reconvention anzugeben vermag, und die Wiederklage mit der Vorklage nicht zugleich verhandelt werden kann, sondern bis nach deren Beendigung ausgesetzt bleiben muß, auch der Kläger für seine Person derjenigen Gerichtsobrigkeit nicht unterworffen ist,

wo

29) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. Tit. 262. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. XIV. Hauptst. §. 381. Nettelbladts Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 139. BROCKES Obs. 564.

30) Estor in den angef. Anfangsgründen Tit. 263.

wo er gegen den Beklagten seine Klage angestellet hat [31]). Damit nun der Beklagte gesichert sey, daß Kläger sich der Wiederklage wegen vor eben dem Gerichte, wo die Vorklagsache gehängt hat, einlassen werde, so kann er die gedachte *cautionem pro reconventione* fordern [32]). Diese findet auch im Executivprocesse statt [33]). c) Vorstand wegen Fortsetzung des Rechtsstreites, (*cautionem de lite prosequenda*) welchen der Beklagte in einem solchen Falle fordern kann, da derselbe, wegen Ungehorsams des Klägers vor der Litiscontestation, Entbindung von der Instanz erhalten, der Kläger aber den Rechtsstreit aufs neue anhängig machen will. In diesem Falle braucht sich der Beklagte nicht eher mit dem Kläger weiter einzulassen, als bis er die verlangte Caution wirklich bestellet hat [34]). Weiter leistet der Kläger heutiges Tages keine Caution. Es sind daher diejenigen Arten des Vorstandes, welche das neuere römische Recht [35]) dem Kläger auflegt, heut zu Tage nicht mehr üblich [36]). Hierbey ist noch zu bemerken, daß die angeführten Cautionen gleich im ersten Termin und noch vor der litiscontesta-

31) Rettelblabt a. a. O. §. 144. Hofmann in der angef. Reichspraxis I. Th. §. 389. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1181.

32) *Io.* GOEDDAEUS de satisdatione pro expensis et reconventione. *Marb.* 1683.

33) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXIV. medit. 7. WERNHER Obs. for. T. II. P. VII. Obs. 233.

34) Estors angef. Anfangsgründe I. Th. Tit. 264. Rettelblabt a. a. O. §. 140.

35) *Nov. XCVI. cap.* 1. *Nov. CXII. cap.* 2.

36) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 5. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß II. Th. §. 140. Not. e. S. 130.

testation gefordert werden müsse. Sind sie da nicht in Anregung gebracht worden, so können sie hernach weiter nicht, weder in der erstern noch andern Instanz gefordert werden [37]). Denn die Ausflucht des noch nicht geleisteten Vorstandes gehört zu den verzögerlichen Einreden, welche vor der Einlassung auf die Klage bey Verlust derselben vorgebracht werden müssen [38]), nachher aber weiter nicht zugelassen werden, als in so fern sie sich entweder erst nach der Einlassung hervorthun, oder derjenige, welcher solche Einreden vorzuschützen unterlassen hat, aus einer rechtmäsigen Ursache die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann [39]). Gleichwie jedoch niemand mit unnöthiger Sicherheitsbestellung zu beschweren ist [40]); so hat nun ein behutsamer Richter insonderheit dahin zu sehen, 1) daß er nie ohne vor-

37) MEVIUS in Decision. Part. I. Decis. 137. ZANGER de exceptionibus P. II. Cap. 21. n. 1. Consil. Tubing. Vol. VIII. Cons. XXV. n. 31. Consil. Erford. apud SCHORCH. Cons. CCXXXIX. n. 11.

38) *L.* 12. *et* 13. *Cod. de excepr. cap.* 4. *X. de excepr.* Reichsabsch. von 1654. §. 38. Denn wenn ein Beklagter sich auf die gegen ihn erhobene Klage einläßt, ohne eine verzögerliche Einrede derselben entgegen zu setzen, so wird dafür gehalten, als ob er auf dieselben Verzicht gethan. *L.* 52. *pr. D. de iudic. L.* 13. *C. de procurat.* Consil. Tubingens. Vol. IX. Cons. XXI. nr. 26. Cramer Wetzlar. Beyträge III. Th. Nr. XXIII. §. 3.

39) Claproth a. a. O. §. 141. Consil. Tubing. Vol. VIII. Cons. LV. n. 81.

40) *L.* 45. *pr. D. de procurat. L.* 14. §. 1. *D. ut legator. vel fideic. cauf. cav. L.* 3. §. 1. *D. ut in poffeff. legator.* PUFENDORF in proceff. civ. T. II. Cap. 6. §. 4. MEVIUS P. III. Dec. 55. not. 4.

vorhergegangene Untersuchung der Sache auf die verlangte Cautionsleistung erkenne [41]). Wenn daher 2) der Kläger einen hinreichenden Grund zu klagen hat, so daß gar nicht abzusehen ist, wie derselbe in die Kosten verurtheilt werden könne, vielmehr der von Seiten des Beklagten geforderte Vorstand eine bloße Chicane verräth, so darf der Richter dem Gesuche desselben kein Gehör geben, sondern er ist vielmehr dasselbe abzuschlagen nicht nur berechtiget, sondern auch verbunden [42]). Soviel hiernächst

II) den Beklagten anbetrift, so ist derselbe heutiges Tages nur hauptsächlich dann Caution zu leisten schuldig, wenn entweder zu besorgen ist, daß er sich vor dem Gericht, vor welchem die Klage wider ihn erhoben worden, nicht allezeit gehörig stellen, oder daß er dasjenige, was durch den richterlichen Ausspruch erkannt werden wird, am Ende nicht leisten, sondern dem Kläger und Richter das leere Nachsehen lassen werde [43]). Nur unter diesen Umständen liegt dem Beklagten ob, und zwar in dem ersten Falle Caution *de iudicio sisti*, daß er sich auf jedesmalige Citation gehörig stellen, und den Rechtsstreit vor dem Gerichte, vor welchem derselbe anhängig gemacht worden, mit dem Kläger ausmachen wolle;

41) MEVIUS P. III. Decis. 22. et 111. Consil. Erford. apud SCHORCH. Cons. XX.

42) MEVIUS P. II. Decis. 26. SCHORCH Consil. Erford. Resp. CVIII. n. 11. et 12. **Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 140. S. 126.**

43) *Car. Dav.* LOSSIUS de cautione rei in processu civili. *Vitemberg.* 1734.

le [44]); im andern Falle aber *Cautionem iudicatum solvi*, daß er dasjenige, was ihm durch das richterliche Endurtheil zu leisten auferlegt werden wird, gehörig erfüllen wolle [45]), zu bestellen. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken, in welchen auf die gedachte Sicherheitsleistung erkannt werden kann: 1) wenn der Beklagte unter dem Gerichte, vor welchem er belangt worden ist, eigentlich nicht stehet, sondern die Gerichtsbarkeit desselben freywillig prorogirt hat, oder 2) unter diesem Gericht nicht angesessen ist, oder 3) seinen bisherigen Aufenthaltsort verändern will, oder 4) wegen der Flucht verdächtig ist, oder 5) das Seinige durchzubringen anfängt, u. d. [46]). Daß in diesen Fällen nach Befinden der Umstände auch persönlicher Arrest oder Sequestration verhänget werden könne, ist ausser Zweifel [47]). Eben so wahr ist es aber auch, daß außer jenen Fällen der Beklagte durch Vertrag sich zur Vorstandsleistung verbindlich machen könne [48]). Uebrigens ist von diesen Cautionen des Beklagten noch zu bemerken, Erstens, daß der Vorstand sich vor Gericht zu stellen ein Ende habe, wenn der Beklagte verstorben, oder

44) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. Tit. 265. Hofmanns Reichspraxis §. 396. u. 397. Nettelbladt a. a. O. §. 141.

45) Estors Anfangsgründe Tit. 266.

46) BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 10. Daß der Kläger die vorgegebene Besorgniß einer Flucht des Beklagten oder einer Dilapidation erweisen müsse, versteht sich von selbst. S. Pütters auserlesene Rechtsfälle I. Bandes 4. Th. Decis. CII. n. 3.

47) Estor a. a. O. §. 2160.

48) MEVIUS P. III. Decis. 75.

ein Endurtheil vorhanden ist [49]), dahingegen der Vorstand das Zuerkannte zu leisten so lange fortdauert, bis dem Urtheile ein völliges Genüge geleistet worden ist. Hieraus erhellet, daß die Sicherheitsbestellung der letztern Art weiter sich erstreckt, als die erstere [50]). Zum andern: daß diese Cautionen dem Beklagten zu aller Zeit, nicht nur in der erstern, sondern auch noch in der zweyten Instanz auferlegt werden können [51]). Endlich

III) die Sicherheitsbestellung der Anwälde anlangend, so ist a) der Vorstand wegen der Genehmigung nicht der einzige, der hier in Betrachtung kommt. Diese Sicherheitsbestellung, welche in der gerichtlichen Sprache unsers Zeitalters insgemein *cautio rati* genennt, in der gesetzlichen Sprache der Römer aber eigentlich mit den Benennungen *cautio de rato* [52]), *stipulatio de rato* [53]), *cautio ratihabitionis* [54]), oder *ratam rem haberi* [55]) bezeichnet

49) Estor a. a. O. §. 2156. rr.

50) Nettelbladt in der pract. Rechtsgelahrtheit §. 143. Wer also blos für den Beklagten gutgesagt hat, daß er sich vor Gericht stellen solle, haftet nicht für ihn, wenn er hernach aus Unvermögen dem Urtheil kein Genüge leisten kann. HORN in Respons. Class. XII. Resp. 37. p. 838. Der Vorstand de iudicio sisti erstreckt sich auch nicht auf das unrechtmäsige Verfahren des Richters. Wenn daher der Beklagte nicht erscheint, weil die Ladung nicht auf die gehörige Art erlassen worden, so ist der Cavent ausser Verbindlichkeit. Estor a. a. O. §. 2156. zz.

51) MEVIUS P. I. Decis. 177.

52) *L.* 39. §. *fin.* *L.* 40. §. 1. *D. de procurat.* *L.* 8. *D. de negot. gest.*

53) §. *ult.* *I. de divis. stipulat.*

54) *L.* 1. *Cod. de procurat.*

55) Tit. Pandectar. *Ratam rem haberi.* (lib. XLVI. Tit. 8.)

net wird, bestehet darin, daß der angebliche Anwald dafür zu stehen verspricht, daß sein Principal, in dessen Namen er erscheint, seine Verhandlungen genehmigen werde [56]). Sie muß in einem solchen Falle geleistet werden, da der Sachwalter entweder nur eine vermuthete Vollmacht, (§. 388.) oder zwar eine wahre, aber doch nicht hinreichend bestellte Vollmacht hat, er mag übrigens für den Kläger oder für den Beklagten erscheinen [57]). Diese Sicherheitsbestellung wegen der Genehmigung ist so nothwendig, daß solche nicht nur von der Gegenparthey und deren Sachwalter, sondern auch von dem Richter selbst, von Amtswegen, sowohl vor der Einlassung auf die Klage, als nach derselben, bey allen Theilen des gerichtlichen Verfahrens, verlangt werden kann [58]), weil aus ihrer Beyseitsetzung eine Nichtigkeit in Absicht auf das ganze processualische Verfahren entstehen würde [59]).

56) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disquis. de cautione rati a coniunctis praestari solita. *Tubingae* 1663.

57) *L.* 1. *Cod. de procurator.* Rettelbladt in der angef. Anleitung §. 145.

58) WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 374. Estor in den angef. Anfangsgründen I. Th. §. 2154. und besonders Ludw. Ferd. Dapp in dem Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 478.

59) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar dafür halten, daß der Vorstand wegen der Genehmigung vor der Einlassung auf die Klage nothwendig gefordert werden müsse, nachher aber nicht weiter verlangt werden könne, z. E. ZANGER in Tract. de exceptionibus P. II. Cap. VIII. n. 20—22. ZOESIUS in Commentar. ad Digesta Lib. III. Tit. III. nr. 16. Es ist auch nicht zu läugnen, daß diese Meinung dem Röm. Rechte gemäß ist. *L.* 40. §. 3. *D. de procurat.* Allein da diese Verordnung sich auf die besondern Wirkungen des dominii litis bezie-

Außer dieser Sicherheit wegen der Genehmhaltung muß ein Sachwalter zuweilen auch noch b) Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils (*cautio iudicatum solvi*) bestellen, nämlich wenn er für den Beklagten erscheint, und dieser abwesend ist [60]). Jedoch ist nach gemeinen Rechten ein Unterschied zu machen, ob wider den Beklagten, für welchen er handelt, nur eine persönliche, oder ob eine dingliche Klage gegen ihn angestellet worden. Im erstern Falle darf der Anwald ordentlicher Weise keine Sicherheit wegen der Genehmigung bestellen, sondern es ist genug, wenn er dem Kläger die erforderliche Sicherheit wegen Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils verschaft [61]). Im andern Falle aber muß neben der Sicherheit wegen der Genehmigung auch noch ein besonderer Vorstand wegen Erfüllung des künftigen Urtheils bestellet werden [62]).

So

beziehet, so sind die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß der Vorstand wegen der Genehmigung nicht nur in jedem Theile des Processes, sondern sogar von richterlichen Amtswegen gefordert werden könne. RIVINUS in Specim. exception. forens. Cap. VII. n. 1. Hofmann T. Reichspraxis I. Th. 14. Hauptst. §. 394. *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de dominio litis Cap. II. §. 22. und Cap. III. §. 16. *Rud. Christ.* HENNE in Diss. de personis ex mandato praesumto in iudiciis agentibus. (*Erford.* 1768.) §. 21.

60) Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. Tit. 266. §. 2160. b.

61) *L.* 45. *§. fin. D. de procurat.* Dapp über die Lehre von der Legitimation zum Proceß. II. Hauptst. 2. Kap. §. 506.

62) *L.* 40. §. 2. *L.* 46. *L.* 53. *D. de procurat. L. un. Cod. de satisdat. L. ult. Cod. de consortib. eiusd. litis.* S. LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandectar. Lib. III. Tit. III. §. 71. und *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. III. Tit. III. Qu. 17.

So wie nun übrigens der Richter in allen Fällen die Frage entscheidet, ob Sicherheit zu bestellen sey, so bestimmt er auch insgemein die Summe des Vorstandes, wobey ihm das Interesse der Parthey, wenn ihr Gegner seine Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte, lediglich zur Norm dient[63]). Wegen der Unkosten wird daher die Sicherheit ohngefehr auf so hoch, als sich die Kosten nach der Beschaffenheit des Processes belaufen können, wegen der Wiederklage aber nach richterlichem Ermessen, ohngefehr so hoch bestellet, daß der Wiederbeklagte sich zu stellen dadurch bewogen werde, oder des Wiederklägers Schaden sich belaufen möchte, wenn er den Wiederbeklagten in seinem eigenen Forum belangen müßte[64]). Denn darin sind die heutigen Rechtsgelehrten alle einverstanden, daß die Sicherheitsbestellung wegen der Wiederklage nur als eine cautio de iudicio sisti, und nicht de iudicato solvendo anzusehen sey[65]), und daher solche nicht nach dem Quantum der Gegenforderungen, welche der Beklagte in der Reconvention auszuführen gesonnen ist, bestimmt werden dürfe, sondern es vielmehr lediglich darauf ankomme, daß Beklagter wegen der anzustellenden Wiederklage eine hin-

63) LAUTERBACH in Colleg. Pand. Th. Pr. h. t. §. 24. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 464.

64) *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de cautionibus indefinitis. (*Ienae* 1698.) Cap. III. §. 23. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. II. Th. §. 140. S. 126.

65) MENCKE in System. iur. civ. sec. Pandect. Lib. II. Tit. VIII. §. 4. *de* BERGER in Elect. disceptat. for. Tit. XII. sq. *L. B. a* WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 1. n. 85. et 86. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXXIII. n. 8. pag. 498.

hinreichende Sicherheit erhalte, daß der Kläger vor eben dem Gerichte, wo er die Vorklage angestellet hat, in der Reconvention sich stellen, und daselbst Recht nehmen werde[66]). Wegen Fortsetzung des Rechtsstreites pflegt der Richter den Vorstand auf eine gewisse Summe nicht zu setzen[67]). Auch bey dem Vorstande sich vor Gericht zu stellen ist es, wenigstens im bürgerlichen Proceße, nicht nöthig, daß eine gewisse Summe festgesetzet werde[68]), weil der Cavent auf den Fall, da der Beklagte nicht vor diesem Gericht, vor welchem er belangt worden, erscheinen, und den Proceß fortsetzen sollte, dem Kläger ohnehin alles Intereße, und zwar nicht nur den positiven Schaden, sondern den dadurch entgangenen Gewinn ersetzen muß[69]). Dahingegen,

66) RIVINUS in Enunciat. iuris Tit. XIII. §. 20. *a* WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. III. Obs. 102. und besonders *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. VII. Obs. 4. pag. 88. sqq.

67) Estors Anfangsgründe des gemeinen und R. Proceßes. I. Th. Tit. 264. §. 2156. gg. Hofmanns T. Reichspraxis §. 386.

68) MEVIUS Tom. I. P. IV. Decis. 37. SCHROETER cit. Diss. de cautionibus indefinit. Cap. II. §. 21. et Cap. III. §. 30.

69) Estors angef. Anfangsgründe Tit. 265. §. 2156. xx. Wenn es in der *L.* 2. §. 5. *D. h. t.* heißt: *ut in veram quantitatem fideiussor teneatur*, so ist das eben so viel als in id, quod re vera interest actoris, wie es *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. richtig erklärt. Der Cavent soll also dem Kläger seine ganze Forderung, insofern er durch das Nichterscheinen oder Entweichen des Beklagten darum gekommen wäre, nebst allem dadurch erlittenen weitern Verlust ersetzen. Kann der Kläger kein Interesse beweisen, seine Klage war ohnedem eine blose Chikane, so fällt der Anspruch an den Bürgen von selbst weg.

gegen, wenn in diesem Falle eine gewisse Cautionssumme festgesetzt worden, sich's von selbst verstehet, daß der Cavent selbige bezahlen müsse[70]). Wegen der Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils ist die Sicherheit nach dem Gegenstande des Rechtsstreits zu bestimmen. Hat jemand für das Urtheil unbestimmt cavirt, so haftet der Cavent für das, was das Urtheil dem obsiegenden Kläger zuerkennt[71]). Endlich wegen der Genehmigung muß der Sachwalter auf so hoch Sicherheit bestellen, als der Schaden beträgt, welcher der Gegenparthey durch die nicht erfolgende Genehmigung seines Principals zugefügt wird[72]).

§. 246.

Auf welche Art ist die Sicherheit im Proceß zu leisten?

Da Verbal-Cautionen insgemein keine hinlängliche Sicherheit geben, so wird im Proceß ordentlicher Weise ein dinglicher Vorstand erfordert[73]). Ob nun gleich

70) *L.* 2. *§.* 5. *D. h. t.* verb. nisi pro certa quantitate accessit add. *L.* 3. *D. eodem. L. ult. D. de praetor. stipulat.* BOEHMER Consil. MCXCIII. n. 5. 6. 7. Estor a. a. O. §. 2156. vv.

71) *L.* 9. *D. iudicat. solvi.* iunct. *L.* 2. *§.* 2. *D. de stipulat. praetor.* VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 14. et 15.

72) *L.* 19. *D. Rat. rem haberi.*

73) Estors Anfangsgründe Tit. 253. §. 2131. Der Beweis, welchen unser Verfasser aus *L.* 25. *D. de Reg. Iur.* plus cautionis in re est, quam in persona, nimmt, gehört hierher nicht. Denn diese Regel beziehet sich blos auf die Vortheile des Besitzes, und will so viel sagen: *melius est possidere potius, quam in personam experiri*, wie es

nach der Verordnung der römischen Gesetze eine solche Sicherheit jederzeit mit tüchtigen Bürgen bestellt werden sollte [74]), so läßt doch der Gerichtsbrauch auch eine Sicherheitsbestellung mit Pfändern zu, dergestallt, daß es von dem Willen desjenigen, dem die Sicherheitsleistung obliegt, abhängt, ob er seinen Gegner mit Bürgen oder mit Unterpfändern sicher stellen will [75]). Es wird jedoch dabey voraus gesetzt, daß der Gegenstand, weshalb die Caution zu leisten ist, entweder an und für sich selbst einen bestimmten Werth habe, oder daß der Richter ein gewisses Cautionsquantum nach seinem Ermessen festgesetzt habe; denn außerdem muß die Sicherheit auch noch heutiges Tages durch Bürgen bestellet werden [76]). Zur Satisdation werden übrigens in der Regel tüchtige Bürgen erfordert. Diese Tüchtigkeit der Bürgen ist theils aus ihren persönlichen Eigenschaften, theils aus ihren Vermögensumständen zu beurtheilen [77]). In jener Rücksicht müssen Bürgen, wenn sie tüchtig seyn sollen, 1) sich überhaupt gültig verbürgen können, daher sind Soldaten, die noch in Diensten stehen, ferner Minderjährige und Frauenspersonen, in so fern nicht etwa letztere auf die ihnen zustehenden Rechtswohl,

es in der *L.* 1, §. 1. *D. de Superficiebus* ausgedrückt wird. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandect. de diverf. regulis iuris antiqui (*Genevae* 1653. 4.) ad h. L. pag. 151.

74) *L.* 1. *D. h. t. L.* 3. *L.* 7. *D. de ſtipulat. praetor.*

75) LAUTERBACH in Colleg. Pand. Theor. pract. h. t. §. 12. *a* WERNHER in ſelect. Obſ. for. T. II. P. VI. Obſ. 354.

76) MEVIUS Tom. I. P. II. Deciſ. 256. Estors Anfangsgründe Tit. 253. §. 2131.

77) *L.* 2. *pr. D. h. t.*

wohlthaten Verzicht gethan hätten, keine tüchtigen Bürgen [78]). 2) Sie müssen in Erfüllung ihrer Zusage treu seyn [79]). Diejenigen sind daher in dieser Hinsicht untüchtige Bürgen, welche die Gewohnheit haben, ihre Gläubiger mit der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aufzuhalten, und demjenigen, was sie versprochen haben, nicht eher nachzukommen, als bis sie gerichtlich dazu angehalten werden [80]). Endlich 3) sie müssen auf den Fall, daß sie ihrer Verbindlichkeit nicht mit freyem Willen ein Genüge thun, leicht belanget werden können [81]). Diejenigen also, welche an dem Orte des Gerichts, vor welchem die streitige Rechtssache anhängig ist, sich nicht gewöhnlich aufhalten, sondern einer fremden Gerichtsbarkeit unterworfen sind, oder die einen befreyeten Gerichtsstand haben [82]), sind keine tüchtigen Bürgen, es wäre denn, daß ein solcher Bürge auf seinen befreyeten Gerichtsstand Verzicht gethan hätte [83]). Zur leichteren Belangbarkeit der Bürgen gehört auch noch, daß sie den Rechtswohlthaten der Theilung, und der Excußion oder Ordnung entsagen [84]). Jedoch behaupten bewährte Rechts-

78) *L.* 8. §. 1. *et* 2. *D. eodem.*

79) *L.* 112. §. 1. *in fin. D. de Verbor. Obligat.*

80) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 70. LAUTERBACH in Coll. Pand. Th. Pract. h. t. §. 10. **Dapp über die Lehre von der Legitimation zum Proceß.** II. Hauptst. 2. Kap. §. 481.

81) *L.* 2. *pr. D. h. t.*

82) *L.* 1. *D. Si quis in ius vocatus non ierit. L.* 7. *pr. D. qui satisdare cog.*

83) Cit. *L.* 7. *pr. D. h. t.*

84) **Estors Anfangsgr. des gemeinen u. R. Processes Tit. 253. §. 2137. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465.**

Rechtsgelehrten, daß bey dem Vorstande, sich vor Gericht zu stellen, oder das rechtskräftig zuerkannte zu bezahlen, die Rechtswohlthat der Excußion von den Bürgen ohnehin nicht vorgeschützt werden könne [85]). So viel den zweyten Grund, woraus die Tüchtigkeit der Bürgen zu beurtheilen, anbetrift, so müssen dieselben 1) an dem Orte, wo sie sich verbürgen, unbewegliche, oder diesen gleichgeachtete Güter besitzen, und diese müssen 2) hinlänglich so viel werth seyn, als der Gegenstand, für welchen sie Bürgschaft leisten, beträgt [86]). Wenn denen zur Zeit der geleisteten Bürgschaft tüchtig gewesenen Bürgen in der Folge ein Unglücksfall begegnet, und sie dadurch unvermögend werden, so muß, nach vorhergegangener Untersuchung, eine andere Bürgschaft bestellet werden [87]). Ueber die Tüchtigkeit der Bürgen muß jedoch der Gegentheil mit seinen Einwendungen gehört werden [88]), wenn nun gleich die römischen Gesetze vorschreiben, daß zur Entscheidung des darüber entstandenen Streits ein Schiedsrichter erwählt werden solle [89]); so wird doch dieses

85) *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. XIX. §. 2. Not. 9. **Estor a. a. O. §. 2138.** *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

86) *L.* 234. *§.* 1. *D. de verbor. signific.*

87) *L.* 10. *in fin. D. h. t.*

88) MEVIUS in Decision. Tom. II. P. VI. Decis. 124. **Nimmt der Richter, ohne die Gegenparthey gehört zu haben, einen Bürgen für tüchtig an, so muß er für den Schaden haften. Estor a. a. O. §. 2139.**

89) *L.* 9. *et* 10. *D. h. t.* **Dieser** arbiter **wurde vermuthlich von derjenigen Obrigkeit bestellet, vor welcher die Hauptsache anhängig war.** S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Dige-

dieses heutiges Tages nicht mehr beobachtet, sondern die Sache, so wie andere Nebenpunkte, von demjenigen Richter, vor welchem die Hauptsache anhängig ist, untersucht, und durch ein Beyurtheil entschieden, von welchem sodann das Rechtsmittel der Berufung auf einen höhern Richter statt hat [90]). Zuweilen kann es geschehen, daß ein in dieser oder jener Hinsicht untüchtiger Bürge dennoch für tüchtig gehalten werden muß. Der Grund hiervon kann theils in dem Willen desjenigen beruhen, welchem Bürgschaft geleistet werden muß, theils in einer besondern Verordnung der Gesetze. Was den erstern Grund betrift, so ist es keinem Zweifel unterworffen, daß, wenn die Gegenparthey einmahl einen ihr gegebenen untüchtigen Bürgen wissentlich und freywillig angenommen hat, sie denselben auch für tüchtig anerkennen müsse, und hernach nicht mehr verwerffen könne [91]), den sie hat sich's selbst zuzuschreiben, wenn sie dadurch in der Folge Schaden leidet [92]). Den zweyten Grund anlangend, so ist zwar nur in Ansehung der Caution de iudicio sistendo in den römischen Gesetzen verordnet worden, daß, wenn die Sache solche Personen angehet, welche mit der Gegenparthey in einer besondern genauen Verbindung stehen, wie z. B. desselben Eltern, oder Kinder, oder Frau, oder Schwiegertochter, u. d. die

Digestor. h. t. §. 3. Es war also ein arbiter iuris, kein compromissarius (§. 475.) wie auch LAUTERBACH in Coll. Pand. Th. Pr. h. t. §. 10. bemerkt hat.

90) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 73. et 79. MEVIUS Tom. II. P. VI. Decis. 124. Not. 2. Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 491.

91) *L.* 10. *§.* 1. *D. h. t. L.* 3. *in fin. D. de fideiussor.*

92) *L.* 5. *§.* 3. *in fin. D. iudicat. solvi.*

die Gegenparthey, zu deren Sicherheit diese Bürgen bestellt werden müssen, sich mit einem jeden, auch sonst in Ansehung seiner Vermögensumstände untüchtigen Bürgen, begnügen solle [93]); da aber doch der Grund dieser Verordnung ganz allgemein ist, und darin besteht, daß man es bey dergleichen Personen wegen der ihnen schuldigen Hochachtung, oder wenigstens wegen der genauen Verbindung, in welcher man mit ihnen stehet, nicht so genau nehmen solle, als bey andern Personen, so ist kein Zweifel, daß dieselbe bey allen gerichtlichen Sicherheitsbestellungen, welche durch Bürgen geleistet werden müssen, ihre Anwendung finde [94]). Daß in den Fällen, wo die römischen Gesetze eine Satisdation vorschreiben, heutiges Tages auch eben so gut ein Vorstand durch Pfandgebung bestellet werden könne, in so fern nämlich die Sache entweder an und für sich selbst einen bestimm-

93) *L.* 1. *et* 2. *D. in ius vocati ut eant. L.* 2. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* Merkwürdig ist die nähere Erklärung darüber, wer unter einem *qualiscunque fideiussor* zu verstehen sey? die in dem §. 4. der *L.* 2. *D. h. t.* hinzugefügt wird, wo es heißt: Quod ait Praetor, QUALISCUNQUE FIDEIUSSOR ACCIPIATUR: hoc quantum ad facultates, id est, etiam non locuples. Es soll also bey solchen Bürgen, wodurch personae necessariae, von denen hier die Rede ist, einander im Proceß Caution bestellen, nur nicht auf die Vermögensumstände gesehen werden, diese mögen so schlecht beschaffen seyn, wie sie wollen; allein sie müssen doch wenigstens in Hinsicht der oben angeführten persönlichen Eigenschaften tüchtige und insonderheit leicht zu belangende Bürgen seyn. S. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. §. 4. L. 2. cit. h. t. und LAUTERBACH in Colleg. Th. Pract. Pandect. h. t. §. 11.

94) VULTEIUS in Tract. de iudiciis Lib. II. cap. 5. nr. 76. Dapp im angef. Versuch §. 494.

bestimmten Werth hat, oder der Richter ein gewisses Cautionsquantum festgesetzt hat, ist bereits erinnert worden [95]). Bey diesem Vorstande durch Pfänder kommt es nun hauptsächlich auf folgende Punkte an: 1) daß sie der Parthey, welche die Caution zu bestellen hat, eigenthümlich zustehen, und 2) dem Gegentheile hinreichende Sicherheit verschaffen [96]). Ich komme nun auf die Fälle, da auch eine Verbalcaution angenommen werden muß. Diese kann von zweyerley Art seyn. Sie wird entweder durch ein bloßes Versprechen, oder durch den Eid geleistet. Zu jener Art der Sicherheitsbestellung wird der Fiskus zugelassen, auch städtische Gemeinheiten leisten durch ein bloßes Versprechen Sicherheit [97]). Denn die Landesfürstliche, so wie die Stadtgemeinde, Casse wird immer auf jeden Ausfall des Processes für zahlungsfähig gehalten. Eine solche moralische Person verdient auch immer eher Credit, als eine Privatperson [98]). Nach römischen Rechten sollen auch die Geistlichen nur durch bloße Zusage caviren [99]), welches jedoch heutiges Tages nicht mehr beobachtet wird [100]),

Ge-

95) Man vergleiche hier vorzüglich MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 346.

96) Estors Anfangsgründe Tit. 254. §. 2149.

97) arg. *L.* 1. *§.* 18. *et L.* 6. *§.* 1. *D. ut legator.*

98) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 5. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 21.

99) *L.* 33. §. 3. *Cod. de Episcop. et cleric.*

100) SCHULTZ in Notis ad Institut. Tit. de Satisdat. lit. a. *Io. Tob.* RICHTER in Selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. expositt. Diss. IV. §. 8. in fin. Schon Justinian hat jenes Privilegium der Geistlichkeit in *Nov. CXXIII. Cap.* 21. §. 2. wieder eingeschränkt.

Gemeiniglich werden auch noch diejenigen hierher gerechnet, welche mit unbeweglichen Gütern in dem Lande, wo der Proceß geführet wird, angesessen sind [1]). Allein, daß wenigstens in dem Falle, da die unbeweglichen Güter unter dem Gerichtszwange desjenigen Richters, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist, gelegen sind, keine weitere Caution nach heutigen Rechten erforderlich sey, wird von den meisten Rechtsgelehrten [2]) behauptet, und von unserm Verf. (§. 40.) selbst gelehrt.

§. 247.

Wenn ist die eidliche Caution für zulässig zu halten?

Der Vorstand durch den Eid findet heutiges Tages nur in dem Falle statt, wenn derjenige, welcher zur Leistung einer Sicherheit verbunden ist, entweder gar keine, oder doch nicht hinreichende Bürgen oder Pfänder aufbringen kann [3]). Der Cavent muß in diesem Falle dahin schwören, daß er, aller angewandten Mühe ohngeachtet, die zuerkannte Caution durch Bürgen oder Pfand nicht bestellen könne, die ihm obliegende Verbindlichkeiten aber getreulich erfüllen wolle [4]). Da in denjenigen Stellen

1) LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 20. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 5. ZOESIUS in Commentar. ad Dig. h. t. n. 5. **Estors Anfangsgründe Tit. 256. §. 2153. r.**

2) SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. ad Pandect. h. t. §. 9.

3) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de cautione iuratoria, in EIUSDEM Dissertation. academicar. Vol. I. (*Tubingae* 1737. 4. *maj.*) Nr. VI. pag. 167. sqq.

4) *Nov. CXII. Cap. 2. princ. Auth.* Generaliter. *Cod. de episcop. et cleric. de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. I. Tit. IV. §. 9. Not. 5. **Estors Anfangsgründe Tit. 255. §. 2153. c. u. d.**

Stellen der Gesetze, in welchen die eidliche Sicherheitsleistung im bürgerlichen Processe unter den bemerkten Umständen zugelassen wird, nur von solchen Personen die Rede ist, welche in eigenem Namen vor Gericht streiten [5]), so folgt hieraus, daß Sachwalter eigentlich von dieser Art der Cautionsleistung auszuschließen sind, als welche vielmehr diejenige Sicherheit, welche sie zu bestellen haben, nothwendig durch Bürgen oder Pfänder leisten müssen [6]). Jedoch ist dieses nur von solchen Sachwaltern zu verstehen, welche blos zum Nutzen eines dritten handeln. Denn die zu ihrem eigenen Vortheil handeln, (Procuratores in rem suam) werden, da sie in Rücksicht auf die Wirkung wahre Eigenthümer des Gegenstandes des Rechtsstreits sind [7]), wenn selbige weder mit Bürgen noch mit Pfändern ihren Gegner sicher stellen können, eben sowohl, als diejenige Partheyen, welche in eigenem Namen handeln, zur eidlichen Sicherheitsbestellung zugelassen, wenn nämlich sonst keine Ursache vorhanden ist, welche sie dieser rechtlichen Wohlthat unfähig macht [8]). Ob auch im peinlichen Processe eine eidliche Caution zulässig sey? ist eine Frage, die eigentlich nicht hierher gehört. Da indessen unser Verfasser Not. a. sich darauf eingelassen hat, so bemerke ich nur ganz kurz,

5) §. 2. *I. de Satisdat. Nov. CXII. cap. 2. princ.*

6) HARPPRECHT cit. Dissert. §. 31.

7) *L. 25. D. de procurat. L. 4. et 9. Cod. eodem. L. 13. §. 1. D. de pactis.* LAUTERBACH in Diss. de procuratore in rem suam §. 37.

8) HARPPRECHT cit. Diss. §. 31. nr. 288. sqq. **Dapp im Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Proceß §. 496.**

kurz, daß in Ansehung jener Frage zwischen dem peinlichen Ankläger, und dem Angeschuldigten ein Unterschied zu machen sey. In Ansehung des erstern behauptet man zwar insgemein, daß eine eidliche Sicherheitsleistung darum nicht statt finden könne, weil in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. [9]) ganz deutlich verordnet worden sey, daß ein peinlicher Ankläger in Ermangelung einer reellen Caution durch persönlichen Arrest die ihm obliegende Sicherheit bestellen solle [10]). Allein da der Kaiser in der angeführten Stelle nur der Caution durch Bürgen namentlich gedenkt, mithin, wenn man bei den Worten stehen bleiben wollte, auch keine Caution durch Pfänder angenommen werden dürfte, überdem der Schluß von dem Stillschweigen des Gesetzes auf ein Verbot desselben nicht nur überhaupt sehr trüglich ist, sondern auch hier um so unrichtiger seyn würde, da der Kaiser nach den deutlichen Worten des Gesetzes bey der Bestellung dieser Caution keinesweges alles richterliche Ermessen schlechthin hat ausschließen wollen; so glaube ich, daß auch ein peinlicher Ankläger zur eidlichen Sicherheitsleistung wohl zugelassen werden könne, wenn der Richter, in Ermangelung einer reellen Caution, dieselbe, nach genauer Erkundigung und Untersuchung der Umstände, für hinreichend halten dürfte [11]). In Ansehung des peinlich Angeschuldigten hingegen kommt es

darauf

9) Art. 12.

10) *Ant.* FABER in Codice definition. forens. Lib. II. Tit. 39. def. 15. HARPPRECHT in Dissert. cit. §. 47.

11) Man vergleiche hier *Io. Matth.* MARTINI Diss. de cautione criminali. *Buetzovii* 1777. §. 7. Daß dieses auch dem heutigen Gerichtsgebrauch gemäß sey, bezeugt CARPZOV in pract. nov. rer. crimin. P. III. Qu. CVI. nr. 48. sq.

darauf an, ob derselbe abwesend ist, und um die Ertheilung eines sichern Geleits ansucht, oder ob er gegenwärtig ist. Da in dem ersten Falle das sichere Geleit nur unter der Bedingung einer hinlänglichen Caution ertheilet wird, daß nämlich der Vergeleitete sich auf ergangene Ladung allemahl gebührlich stellen, und das künftige Urtheil durch Entweichung nicht unkräftig machen wolle; so wird hier ohne Unterschied, ob von geringen oder schweren Verbrechen die Rede ist, die eidliche Caution, in Ermangelung einer andern, zugelassen [12]). Im andern Falle aber ist entweder von einem solchen Verbrechen die Rede, auf welches die Gesetze eine Strafe am Leib oder Leben setzen, oder von einem solchen Verbrechen, weshalb nur höchstens die Landesverweisung statt finden kann. Im letztern Falle hat die eidliche Cautionsleistung um so weniger Bedenken, je weniger man überhaupt zur Inhaftirung eines Angeschuldigten in einem solchen Falle zu schreiten pflegt, da das Urtheil eben so wohl zur Ausführung gebracht, und der Endzweck der Strafe eben sowohl erhalten werden kann, wenn auch derselbe abwesend seyn sollte [13]). Im erstern Falle hingegen findet die angebotene eidliche Caution ordentlicher Weise nicht statt, es wäre denn, daß noch keine nahe Anzeigen wider den Angeschuldigten vorhanden, derselbe auch wegen seines bisherigen guten Rufes des Meineides

12) MEVIUS P. I. Decis. 4. HARPPRECHT cit. Diss. §. 48. *de* BOEHMER in Observat. select. ad CARPZOVII practic. nov. rer. criminal. Quaest. CXII. Obs. 11.

13) *de* BOEHMER in select. Observat. ad *Carpzovium* Qu. CXI. Obs. 1. Quistorps Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts 2. Th. 10. Abschn. 5. Kap. §. 646.

halben nicht verdächtig wäre [14]). Ich bemerke übrigens von dieser eidlichen Sicherheitsbestellung noch im Allgemeinen, 1) daß der Eid körperlich abgeschworen werden, und 2) derjenige, welcher hierdurch Vorstand leisten will, eine Person seyn müsse, welche in gutem Rufe stehet, und keinen Verdacht des Meineides wider sich hat [15]). Bey den Römern hatten die vornehmern Staatsbedienten und Senatoren vom ersten Range, die man *Illustres* nannte, das Privilegium, daß sie blos durch Eid Caution leisteten [16]). *Viri illustres* waren zu den Zeiten der orientalischen Kaiser die Praefecti praetorio, Praefecti urbi, Magistri militum, Quaestores sacri palatii, Magistri officiorum, Praepositi sacri cubiculi, Comites sacrarum largitionum, und Comites rerum privatarum [17]). Erhaben über alle diese aber (*Supra*

14) HARPPRECHT cit. Diss. §. 48. n. 445. **Ludovici Einleitung zum peinl. Proceß** II. Kap. §. 11. *de* BOEHMER in Meditat. ad Constit. crim. Carol. Art. XI. §. 4. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER in Princip. iur. crim. Germaniae commun. §. 390.

15) HARPPRECHT cit. Diss. §. 7. sqq.

16) *L.* 17. *Cod. de dignitatib.*

17) *Cod. Theodos.* lib. VI. Tit. 6 — 9. *L.* 32. *pr. Cod. Iustin. de appellat. L.* 2. *C. de tempor. appellat. L.* 6. *Cod. ubi causae fiscal. L. un. Cod. ne rei milit. comit. L.* 11. *C. de adsessorib. L.* 1. *Cod. de advocat. divers. iudic. L. ult. C. de suscept.* **Von diesen illüstern Chargen vergleiche man** *G.* PANCIROLI Commentar. in notitiam dignitatum utriusque imperii orient. scil. et occid. (*Genevae* 1623. *f.*) Cap. II. p. 14. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theod. Tom. II. pag. 72. sqq. *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae. (*Paris.* 1628. 4.) Lib. I. cap. 4. et 10. *Mich. Conr.* CURTIUS in Commentar. de Senatu Rom. post tempora reip. liberae (*Halae* 1768. 8.) Lib. IV. cap. 7. **und** *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Dissertat. VIII. §. 11. (Oper. iurid. *Hanov.* et *Bremae* 1758. a *Io. Henr.* IUNGIO editor. Tom. III.)

(*Supra illustres*) waren die Patricii und Consules, die beyden höchsten Würden im römischen Staat [18]). Ein gleiches Privilegium hatten die Memoriales [19]), und Principes agentium in rebus [20]). Daß von dem allen heutiges Tages kein Gebrauch zu machen sey, siehet ein jeder von selbst.

§. 248.

Wer ist von der Sicherheitsstellung im bürgerlichen Proceß befreyet?

Von aller bisher gedachter Cautionsleistung im Civilproceß sind nach dem heutigen Gerichtsgebrauche 1) diejenigen befreyet, die in öffentlichen ansehnlichen Bedienungen stehen, und fixe Besoldung haben [21]). 2) Diejenigen, welche unter demselbigen Gerichtszwange, wo der Proceß geführt wird, unbewegliche, oder diesen gleichgeachtete Gü-

18) *L. un. Cod. Th. de Consul. L. 3. Cod. Iust. eod. L. 16. Cod. de testib. §. 4. I. Quib. mod. patria potest. solvit.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad Cod. Theodos. Tom. II. Lib. VI. Tit. 6. *Iac.* GUTHERIUS cit. libro cap. 11. CURTIUS cit. loc. lib. IV. cap. 2. §. 74. et cap. 6. §. 93.

19) *L. 12. pr. Cod. Iust. de proximis sacror. scrinior.* MEMORIALES erant, qui in scrinio memoriae militabant. S. *Iac.* GUTHERIUS de offic. D. A. Lib. III. cap. 7. pag. 469. und *Car. Ehreg.* MANGELSDORF Diss. de magistro memoriae, praes. KLOTZIO *Halae* 1770. def.

20) *L. 8. Cod. de princip. agentium in rebus.* Von diesen ist nachzusehen *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodos. T. II. Lib. VI. Tit. 28.

21) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. *Car. God.* ZIZMANN Diss. de nonnullis, qui a cautione pro expensis immunes sunt. *Lipsiae* 1764. §. 8.

ter auf irgend eine Art als Eigenthümer besitzen [22]). Nach römischen Rechten befreyet zwar der Besitz unbeweglicher Güter nur von der sonst erforderlichen Satisdation [23]). Denn daß dergleichen Besitzer deswegen nicht von aller Sicherheitsleistung frey waren, ist an sich eine unbestrittene Wahrheit, so sehr auch übrigens die Rechtsgelehrten darüber streiten, zu welcher Art der Sicherheitsbestellung dieselben verbunden gewesen sind [24]).

Allein

22) S. *Ge. Henr.* AYRER Diss. de cautione a bonorum immobilium possessore non exigenda. *Goettingae* 1751.

23) *L.* 15. *pr. D. h. t.* Sciendum est, possessores immobilium rerum satisdare non compelli. Man vergleiche über diese Stelle *Wolfg Ad.* LAUTERBACH Resolutio L. Sciendum est. XV. D. qui satisdare cogantur. *Tubingae* 1654.

24) Einige Rechtsgelehrte behaupten, daß die Besitzer unbeweglicher Güter eine juratorische Caution hätten leisten müssen, und beziehen sich auf die *L.* 26. §. 6. *Cod. de episcop aud. L. ult.* §. 1. *C. de Sportul. L. ult. Cod. de princip agent. in rebus.* Dieser Meinung sind *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. circ. fin. in *Operib. Lugd. Batav* 1735. edit. Tom. II. pag. 59. *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 4. Andere hingegen glauben, solche Besitzer hätten mit ihren Gütern Caution machen müssen durch ausdrückliche Verpfändung derselben. Außer der *L.* 7. *in fin. D. ut. legator.* und *L.* 28. §. 3. *Cod. de administr. tut.* in welcher letztern Stelle den Vormündern erlaubt wird, sine decreto res, quarum gubernationem gerunt, pro cautela litis subsignare, d. i. oppignorare, erhelle dieses vorzüglich aus der *L.* 15. §. 7. *D. h. t.* wo gesagt wird, wenn der Besitzer post cautionem seine Güter verkauft hätte, so schade ihm dieses nichts, er brauche deswegen doch keine neue Caution zu machen. Hiervon lasse sich kein anderer Grund angeben, als weil der Gegentheil ein hypothekarisches Recht auf den Gütern erhalten, welches

Allein daß sie heutiges Tages mit allen oben aufgezählten

 Sicher-

welches freilich nach der Regel: res transit cum sua causa (*L.* 76. *D. de contrah. emt.*) durch Veräußerung derselben nicht verlohren ging. Auf solche Art sey auch kein Widerspruch zwischen dieser *L.* 15. *§. ult.* und der *L.* 10. §. 1. *in fin D. h. t.* Denn räthselhaft wäre es sonst, warum eine Parthey, die durch Bürgen Caution gemacht hat, zu neuer Sicherheitsbestellung verbunden seyn solle, wenn den Bürgen in der Folge ein Unglücksfall begegnet, wodurch sie um ihr Vermögen gekommen, hingegen der Besitzer unbeweglicher Güter dazu gar nicht weiter gehalten seyn solle, wenn er gleich in der Folge diese Güter veräußert hätte. So urtheilen *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad L. 15. princ. et §. 7. D. h. t. Tom. I. pag. 127 et 130 und *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diss. de eo, qui post litem contestatam bona immobilia possidere desiit. *Halae* 1716. *rec.* 1737. Endlich giebt es angesehene Rechtsgelehrte, welche der Meinung sind, daß die Besitzer liegender Güter durch bloßes Versprechen Caution geleistet hätten. Z. B. HARPPRECHT cit. Diss. de caut. iurator. §. 29. et 30. LAUTERBACH cit. Diss. ad L. 15. D. h. t. Cap. IV. §. 9. et 10. VINNIUS in Commentar. in Institut. ad §. 2. Tit. de Satisdat. WESTENBERG in princip. iuris sec. ordin. Digestor. h. t. §. 17. Ihre Gründe sind 1) weil in der angef. L. 15. weder der juratorischen Caution noch der Verpfändung gedacht werde, der Ausdruck CAUTIO aber, welcher §. 7. *cit. L.* vorkommt, schlechtweg in Gemäßheit der *L.* 3. *Cod. de Verbor. Signific.* nur eine Sicherheit durch bloßes versprechen anzeige; 2) weil auch der Ehemann, als Besitzer der unbeweglichen Dotalgüter seiner Ehefrau, von der Satisdation frey ist, §. 3. *dictae L.* 15. *D. h. t.* da doch die Güter der Ehefrau auch nicht einmal mit ihrer Einwilligung von dem Ehemann verpfändet werden dürfen; *L. un §.* 15. *C. de rei uxor. act.* Endlich 3) weil sonst kein Fall in den Gesetzen dieses Titels vorkommen würde, da die Sicherheit durch ein bloßes Versprechen, deren doch in der Rubric desselben ausdrücklich Erwähnung geschiehet, bestellet wird, wenn man den Besitz unbeweglicher Güter nicht

hierher

Sicherheitsleistungen zu verschonen sind, ist außer Zwei-
fel.

hierher rechnen wollte. Von diesen verschiedenen Meinungen ist zwar keine außer allem Zweifel, doch sind die Gründe für die letztere gewiß die schwächsten. Denn erstlich gehört nur wenig Auslegungskunde dazu, um einzusehen, daß sich aus einer Verordnung Justinians (L. 3. C. de Verb. Sign.) nicht beweisen lasse, daß das Wort cautio in einem Fragment des röm. Juristen MACER (*§. 7. L. 15. D. h. t.*) für ein bloses Versprechen genommen werden müsse. Das Wort cautio hat in den Gesetzen der Pandecten eine ganz generelle Bedeutung; soll es ein bloses Versprechen anzeigen, so bestimmen die Gesetze dieses deutlicher, und sagen entweder nuda cautio, wie z. B. in der *L.* 2. §. 6. *D. de iudic.* oder sie fügen die Bestimmung nuda promissio bey, wie *L.* 63. §. 4. *D. pro socio.* So viel das andere Argument betrift, so hat man nicht bedacht, daß die *Lex Iulia de fundo dotali*, (denn von dieser kann doch wirklich nur die Rede seyn, weil der röm. Jurist MACER von der neuern Verordnung des K. Justinians nichts wissen konnte) den Ehemann nur die freywillige Veräußerung eines fundi dotalis Italici untersagt habe, in Fällen einer nothwendigen Veräußerung hingegen ausser aller Anwendung gewesen sey. *L.* 1. *pr. D. de fundo dotali.* S. *Christ. Gottl.* BIENERI Diss. de fundo dotali. *Lipsiae* 1786. Cap. I. §. 5. pag. 18. Eine nothwendige Veräußerung heißt nun eine solche, welche aus gesetzlicher Nothwendigkeit geschiehet, oder, wie sich *Barn.* BRISSONIUS ad Legem Iuliam de adulteriis libr. sing. (*Heidelbergae* 1654. 8.) pag. 156. ausdrückt, *quae causam iuris habet necessariam.* Eine solche necessaria alienatio ist ja aber die Verpfändung der Güter, um die im Proceß erforderliche Caution damit zu bestellen; welche daher auch *L.* 28. §. 3. *C. de administr. tut.* dem Vormund erlaubt. Endlich auf den dritten Grund läßt sich antworten, daß auch kein Fall einer juratorischen Cautionsleistung in den Gesetzen dieses Titels vorkommt, deren doch auch in der Rubrik desselben gedacht wird. Es ist überhaupt bey der schlechten Ordnung der Justinianeischen Pandecten gar nichts ungewöhnliches,

fel [25]). Ob es nun gleich bey dem Besitze unbeweglicher Güter nicht immer auf den Werth derselben [26]), auch nicht darauf ankommt, ob die Grundstücke verschuldet sind [27]), in so fern nämlich nur von einer Sicherheitsbestellung der Wiederklage und Unkosten halber die Rede ist [28]); so wird doch jederzeit erfordert, daß dem Besitzer wenigstens eine Art von Eigenthum an diesen Gütern zustehe, es sey nun ein alleiniges oder nur ein gemeinschaftliches, ein vollkommenes oder nur ein unvollkommenes, dergleichen zum Beyspiel der Emphyteuta hat, ferner ein natürliches, welches ohne Ausübung ist, wie das Eigenthum der Frau während der Ehe, oder ein bürgerliches, wie dasjenige, was der Besitz der Dotalgüter dem Ehemann giebt [29]). Wer hingegen Grund-

ches, daß der Inhalt eines Titels der Ueberschrift desselben nicht entspricht, wie auch *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. ad ordin. Digestor. exposit. Diss. IV. §. 8. bey dieser Gelegenheit bemerkt hat.

25) S. *de* BERGER in Oeconom. iuris lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. Seyfart im teutschen Reichsproceß Kap. IV. §. 17. Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465. S. 618.

26) *Car. God. de* WINCKLER Adversaria iuris iudiciarii inprimis quoad concurs. creditor. *Lipsiae* 1785. Observ. 3.

27) LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 18.

28) *L. B. a* WERNHER in select. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 117.

29) Es tritt hier die Analogie der *L.* 15. *§.* 1. *D. h. t.* ein, wo es heißt: Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte. Sed et qui vectigalem, id est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item qui solam proprietatem habet, pos-

stücke blos als Nutznießer oder als Pfandgläubiger besitzt [30]), ist deswegen von der Sicherheitsbestellung eben so wenig frey, als derjenige, welcher blos bewegliche Güter besitzt, wenn sie gleich von noch so grossem Werthe wären [31]). Eine besondere Verpfändung eigenthümlicher Besitzungen wird zwar heutiges Tages nicht erfordert [32]), dagegen ist aber der Besitzer, wenn er während des Processes seine liegende Güter etwa veräußern sollte, zur Leistung einer neuen Sicherheit allerdings gehalten [33]). Es versteht sich übrigens, das hier unter unbeweglichen Gütern nur

sessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse, ULPIANUS scripsit; **womit noch §. 3. zu verbinden:** Si fundus in dotem datus sit: tam uxor, quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelliguntur. **Ob nun gleich diese Verordnung der** *L.* 15. *h. t.* **nur von derjenigen Sicherheit redet, daß man sich auf die bestimmte Zeit vor Gericht stellen wolle, so wird doch selbige heutiges Tages auf alle gerichtliche Sicherheitsbestellungen angewandt.** LAUTERBACH in alleg. Diss. ad L. 15. D. qui satisd. cog. Cap. IV. §. 11. VULTEJUS in Tract. de iudiciis lib. II. cap. V. n. 88—90. **Dapp von der Legitimation zum Proceß §. 477.**

30) *Arg.* **L. 15.** *§.* **2.** *D. h. t.* Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. h. t. §. 17.

31) WERNHER in Obs. for. T. II. P. IX. Obs. 113. SCHAUMBURG in compend. iuris Digestor. h. t. §. 10.

32) STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 11. *a* WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 359. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9.

33) LUDOVICI in Diss. alleg. de eo, qui post L. C. bona immob. possidere desiit. Cap. IV. SCHAUMBURG cit. loc. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XIX. §. 2. Not. 6. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 10.

nur das zu verstehen ist, was über der Erde, und nicht, was darunter ist, z. B. Bergwerke [34]). Sind diese Güter im Proceß befangen, so pflegt man heutiges Tages einen Unterschied zu machen, ob der Besitzer darüber mit demjenigen selbst in Streit ist, welcher die Caution verlangt, oder mit einen Dritten. Im erstern Falle behaupten unsere practischen Rechtsgelehrten [35]), daß ein solcher Besitz eines streitigen Grundstücks von der Sicherheitsbestellung nicht befreye, im andern Falle hingegen sey der Besitzer des Grundstücks, des darüber mit einem Dritten führenden Proceßes ungeachtet, von aller Cautionsleistung frey. Eben dieser Meinung ist auch unser Verfasser. Allein daß diese Distinction mit der Analogie des römischen Rechts [36]) nicht wohl übereinstimme, als nach welcher der

34) *de* BERGER in Oecon. iuris cit. loc. Not. 5. und *de* WINCKLER in Not. ad BERGERUM pag. 768.

35) CARPZOV P. I. Constit. V. Definit. 15. BERLICH P. I. Concl. XX. n. 39. VULTEIUS de Iudiciis lib. II. cap. 5. n. 171. *de* BERGER in Oec. iuris cit. loc. Not. 5. Dan; Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 465.

36) *L.* 15. *§.* 6. *D. h. t.* Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde, cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? et recte dicetur, possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit. Eigentlich bezieht sich diese Stelle auf die Satisdation, welche ehemals der Appellant wegen der Strafe einer ungerechten Appellation bestellen mußte. Dieß beweißt auch die Ueberschrift der L. 15. nach welcher dieses ganze Fragment aus des AEMILII MACRI *libro I. de Appellationibus* entlehnet worden ist. Von dieser Caution handelt PAULUS *lib. V. Sententiar. Receptar.* Tit. XXXIII. de cautionibus et poenis appellationum, ganz ausführlich. Eine solche Satisdation leistete nun der Besitzer des in

An-

der über das Grundstück erhobene Rechtsstreit, wenn er auch gleich schon in der erstern Instanz für den Kläger wäre entschieden worden, dennoch nicht hindern solle, den Beklagten in Absicht auf Befreyung von der Satisdation in dem in Frage stehenden Processe für einen Besitzer unbeweglicher Güter zu erkennen, haben schon Müller [37]) und Schilter [38]) gezeigt. So wie indessen in Absicht auf das heutige Recht der Fall ohnedem gar nicht denkbar ist, daß von dem Besitzer eines Grundstücks, welches in Anspruch genommen wird, ein Vorstand der Unkosten und Wiederklage halben in diesem nämlichen Proceß gefordert werden könnte, weil ja diese Cautionen nur dem Kläger obliegen, dieser aber nicht zugleich Besitzer der in Anspruch genommenen Sache seyn

Anspruch genommenen Grundstücks, wenn er wider das gegen ihn ausgefallene Urtheil der erstern Instanz die Appellation ergriff, darum nicht, weil Niemand während des Processes des Vortheils seines Besitzes beraubt werden darf, §. 4. *I. de Interdict.* mithin derselbe in Ansehung der in der Appellationsinstanz zu leistenden Sicherheit immer noch als ein Guthsbesitzer angesehen werden konnte. Weil jedoch schon längst vor Justinian diese Art der Satisdation von den Kaisern Diocletian und Maximian ist aufgehoben worden, *L.* 6. §. *ult. Cod. de appellat.* so hat Tribonian die ganze Stelle des Aemilius Macer gegen die Absicht dieses alten Rechtsgelehrten auf die Cautionen de iudicio sisti übertragen, von welchen in den Gesetzen dieses Titels vorzüglich gehandelt wird, und muß daher auch nun von denselben ex mente IUSTINIANI verstanden werden. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 7.

37) ad STRUVII Syntagm. iuris civ. Exerc. V. Th. 25. Not. γ. pag. 248.

38) in Praxi iuris Rom. Exercit. VII. §. 18. et 19.

seyn kann [39]); so wird die Regel, daß der Besitzer eines streitigen Grundstücks seinem Gegner zu keiner Sicherheitsbestellung gehalten sey, auch in Ansehung des Beklagten noch wohl eine Einschränkung erhalten müssen, wenn der Kläger cautionem iudicatum solvi von demselben, als dem Besitzer, fordert. Denn wenn gleich der Kläger in so fern wohl sicher genug ist, daß der Beklagte mit dem Grundstück nicht die Flucht ergreiffen kann, sondern dasselbe, wenn Kläger den Proceß gewinnt, an ihn abgetreten werden muß, so kommt es doch auch bey solchen Real-Ansprüchen auf Ersatz der Früchte, Acceßionen und zugefügten Schäden an, wozu der Beklagte verurtheilt zu werden pflegt. Für diese Forderungen des Klägers dürfte also wohl der bloße Besitz des Beklagten, ohne eine besondere Cautionsleistung, um so weniger bürgen [40]), da das römische Gesetz den Beklagten nur darum wegen seines Besitzes von der Satisdation frey spricht, weil solcher den Verdacht der Flucht ausschließt. — Wie wenn unter mehreren Litis-Consorten nur einer mit unbeweglichen Gütern angesessen wäre, sind deswegen auch die übrigen mit der Cautionsleistung z. B. der Wiederklage und Unkosten halber zu verschonen? Nein; die Caution ist untheilbar, die übrigen nicht so begüterten Streitgenossen können sich daher der verlangten Sicherheitsbestellung nicht entziehen, wenn sie gleich einen geringern Antheil an der Klage haben sollten [41]).

Ob

39) Eben dieß bemerkt auch SCHILTER a. a. O.

40) SCHILTER a. a. O. Not. a. pag. 151. macht sich diesen Zweifel selbst, ohne ihn jedoch zu heben.

41) *de* WINCKLER in cit. Adversar. iuris iudiciarii Obs. 3. circ. fin. Pütters Rechtsfälle I. Bandes IV. Theil Decis. CLIX. n. 49.

Ob nun gleich der Besitz beweglicher Sachen, wie bereits bemerkt worden, in der Regel von der Cautionsleistung nicht befreyt, so findet doch nach dem heutigen Gerichtsgebrauche eine Ausnahme in dem Falle statt, wenn die beweglichen Güter von der Beschaffenheit sind, daß sie nicht so leicht und ohne Aufsehen von ihrem Orte weggebracht, und daher in dieser Hinsicht den unbeweglichen Gütern gleichgeachtet werden können, wie z. B. eine zahlreiche Bibliothek, eine ansehnliche Buchhandlung, Apotheke, ein completes Waarenlager u. d.[42]). Nur müssen freylich diese Sachen nicht gerade in dem Processe befangen seyn, in welchem die Caution verlangt wird, weil natürlich der Gegenstand des Rechtsstreits nicht auch das Mittel der Sicherheit seyn kann, in so fern nämlich von dem Vorstande, das Zuerkannte zu leisten, die Rede ist[43]). Allein sehr streitig ist die Frage, ob auch ein bloser Realanspruch auf unbewegliche Güter, in so fern selbiger in einem Eigenthums, oder Erbrechte gegründet ist, von der Verbindlichkeit, gerichtlichen Vorstand zu leisten, befreye? Unser Verfasser entscheidet dieselbe mit Leyser[44]) bejahend, und nach dieser Meinung wird

auch

42) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 15. *de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 19. §. 2. Not. 5. ICti Tubingenses Vol. VIII. Consil. CIII. n. 39. sqq. WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 6. **Siehe auch diesen Commentar II. Th. §. 173. S. 471.**

43) Arg. *L.* 71. *D. de fideiuss.* *L.* 11. *D. h. t.*

44) Meditat. ad Pandect. Spec. XXXIV. medit. 3. **Siehe auch** *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM T. I. Fasc. II. Obs. 136.

auch in der Praxis gesprochen [45]), ob gleich freylich nichts zu läugnen, daß die Gründe für dieselbe nicht außer allem Zweifel sind [46]). Sie sind folgende: 1) Die Cautionsleistung ist eine Beschwerde für den, welchem sie obliegt, folglich ist sie so viel möglich einzuschränken. Dahingegen muß die Befreyung von derselben jederzeit ausdehnend erklärt werden. Allein einmahl ist die Regel: odiosa restringenda, favorabilia autem interpretatione extendenda sunt, als eine trügliche und unbrauchbare Regel der Hermenevtic von den Rechtsgelehrten längst verworfen worden [47]). Zum andern ist zwar allerdings die Be-

45) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Constitut. V. definit. 17. SCHAUMBURG in Compend. iuris Digestor. h. t. §. 9. PUFENDORF Introduct. in proceſſ. civ. P. II. Cap. I. §. 9. *Christph. Lud.* CRELL Diſſ. actionem realem, qua res immobilis petitur, ad subterfugiendum onus satisdationis actori profuturam. *Lipsiae* 1725. (Fasc. II. *Dissertat.* CRELLII pag. 249.) von Selchow neue Rechtsfälle II. Band Nr. XXVII. S. 180.

46) Sie sind geprüft in *Corn. Ioan. Rud.* RIDEL Diſſ. qua disquiritur, utrum actio quoad rem immobilem a cautione in processu praestanda liberet, nec ne? *Goettingae* 1783. Allein gründlich widerlegt sind sie in *Franc. Car.* CONRADI Diſſ. actorem, qui fundi petitionem habet, satisdare cogendum. *Erfordiae* 1725. Man sehe auch *Car. Frid.* WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 6.

47) Man vergleiche TITIUS in Observat. ad PUFENDORFIUM Obser. 428. u. 429. Ebenderselbe in Iure privat. Rom. Germ. Lib. I. cap. XVII. §. 23. u. 24. *Io. Frid.* POLAC Diſſ. de noxia et incongrua favorabilium et odiosorum interpretatione. *Francof. ad Viadr.* 1728. *Io. Laur.* HOLDERRIEDER Diſſ. de principiis interpretationis legum adaequatis. (*Lipsiae* 1736.) Sect. II. §. 24. *Car. Aug.* RITTER Regulae interpretationis iuridicae praestantiores ex adaequatis princip. demonstrat. (*Lipsiae* 1741.) §. 15. *Franc. Guil.* ROMANI Progr. de favorabili

Befreyung von der Cautionsleistung für denjenigen, welcher sonst dazu verbunden wäre, sehr favorabel, aber auch gewiß eben so präjudicirlich für den andern Theil, dem die Sicherheit zu leisten ist. Sollte nun dieser weniger Begünstigung verdienen, als jener, da er durch die verlangte Caution doch nur seinen Schaden zu vermeiden sucht [48])? Ja prägen es uns die Gesetze nicht selbst bey jeder Gelegenheit ein, Rechtsbegünstigungen und Wohlthaten nicht zum Nachtheil anderer auszudehnen [49])? 2) Wem eine Realklage auf unbewegliche Güter zustehet, den trift der Verdacht der Flucht eben so wenig, als denjenigen, welcher diese Güter selbst besitzt; es ist mithin kein Grund zur Cautionsleistung vorhanden. Allein wer siehet nicht, daß hierbey sehr viel auf die Beschaffenheit des Anspruchs und den Gegenstand desselben ankommt, es kann daher nicht allgemein behauptet werden, daß ein bloßer Realanspruch allen Verdacht der Flucht ausschließe. 3) Realklagen, welche unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, werden bekanntermaßen zu den unbeweglichen Gütern gerechnet [50]). Der Besitzer einer solchen Realklage ist also wie der Besitzer eines Grundstücks anzusehen, und daher aus gleichem Fa-

rabili et odioso. (*Lipsiae* 1750.) NETTELBLADT in Systema element. iurisprud. positivae Germanor. communis generalis §. 231. nr. III.

48) Semper favendum est magis de damno, quam de lucro captando certanti. *L.* 33. *D. de Reg. Iur. L.* 11. *§.* 6. *L.* 34. *pr. D. de Minorib. L.* 7. *D. de iuris et facti ignor.* MEVIUS T. I. P. III. Decis. 381. not. 5. und T. II. P. VI. Decis. 241. Not. 8.

49) *L.* 2. *§.* 16. *D. Ne quid in loco publ. L.* 40. *D. de administr. et peric. tutor.*

50) S. diesen Commentar im II. Th. §. 174. S. 485. f.

Faveur der Gesetze von der Sicherheitsbestellung zu befreyen. Die Gesetze selbst geben dieses deutlich zu verstehen, wenn sie sagen: Is, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur[51]), Ferner: Id apud se quisque habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest[52]). Desgleichen: Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem, aut amittentes, ad reciperandam eam, actionem habemus[53]). Dieser Grund hat zwar den meisten Schein, fällt aber doch auch, bey genauerer Prüfung, dahin. Denn einmahl dünkt mich, bleibt noch immer ein sehr grosser Unterschied, ob man bloß eine Klage besitzt, welche, insofern sie eine unbewegliche Sache zum Gegenstande hat, selbst zu den unbeweglichen Gütern gerechnet wird, und ob man wegen des Besitzes einer solchen Klage für den eigentlichen Besitzer der unbeweglichen Sache selbst gehalten werden kann. Ganz recht antwortet daher Schilter[54]): ius in re immobili non est ipsa res immobilis, nec utrobique par ratio est. Sodann sagen zwar jene Gesetzstellen, daß derjenige, welcher ein gegründetes Recht hat, eine in dem Besitz eines andern befindliche Sache, als die seinige, abzufordern, eben so gut für den Eigenthümer zu halten sey, als derjenige, welcher das Seinige selbst in Händen hat[55]); allein deswegen besitzt er doch

51) *L.* 15. *D. de Reg. iuris.*

52) *L.* 143. *D. de Verbor. Significat.*

53) *L.* 52. *D. de acq. rer. domin.*

54) In Praxi Iuris Rom. Exerc. VII. §. 23. pag. 153.

55) Siehe den 2ten Theil dieses Commentars §. 174. und Not. 75. S. 485. f.

doch die Sache noch nicht wirklich, auf deren Auslieferung er klagen kann. Nach dem Ausspruch des Aemilius Macer aber soll nur der eigentliche Civilbesitz eines Grundstücks von der Verbindlichkeit der Satisdation befreyen [56]). Ein uneigentlicher, analogischer und Quasi-Besitz einer bloßen Klage wird also dadurch gänzlich ausgeschlossen [57]). In Absicht auf das Eigenthum, und das Recht über eine Sache zu disponiren, ist es freylich einerley, ob ich die Sache selbst, oder wegen dieser Sache eine wirksame Klage habe. Aber in Absicht auf die Vortheile des Besitzes, welche derjenige entbehren muß, dem eine bloße Klage zustehet, so wie in Erwägung der Last des Beweises, die dem Kläger obliegt, und des sehr ungewissen Ausganges des Processes, ist es auch wahr, was Pomponius [58]) sagt: Minus est actionem habere, quam rem. Hierzu kommt noch ein anderer Grund, warum es der Parthey, welcher die Caution zu leisten ist, nicht gleichviel seyn kann, ob man denjenigen, welcher blos eine Klage besitzt, schon für den wirklichen Besitzer der Sache selbst hält, worauf sich diese Klage erstreckt. Denn eine Klage kann leicht durch Prä-

56) Dieß beweisen nicht nur die Worte der *L.* 15. §. 1. *D. h. t.* POSSESSOR is accipiendus est, qui in agro vel civitate REM SOLI possidet; sondern auch die daselbst angeführten Beyspiele.

57) Daß von einem solchen analogischen Besitz in den angeführten Gesetzstellen die Rede sey, beweißt das Wort VIDETUR, welches eine rechtliche Fiction anzeigt. S. *Iul.* a. BEYMA in Commentar. ad L. 143. Digestor. de Verbor. Significat. und ad L. 15. D. de Reg. Iuris (*Leovardiae* 1649. 8.)

58) *L.* 204. *D. de Reg. iuris.* Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDI und *Iulii* a BEYMA Commentaria in Tit. Dig. de divers. Reg. iuris ad h. L.

Präscription erlöschen, der Eigenthümer kann sie heimlich und ohne Wissen des Gegentheils einem Dritten cediren. Alles dieses aber ist bey einem wirklichen Besitz der Sache nicht zu besorgen. Man läßt auch leichter eine Sache fahren, die man erst durch Proceß zu erhalten suchen muß, als daß man den Besitz eines Grundstücks verlassen sollte. Gründe genug, warum das Gesetz den eigentlichen und wirklichen Civilbesitz unbeweglicher Güter zur Befreyung von der Satisdation erfordert [59]). Der letzte Grund für die gemeine Meinung ist endlich, 4) daß in dem §. 4. der mehrerwähnten *L.* 15. *D. h. t.* derjenige, qui fundi petitionem personalem habet, von dem Faveur jener Befreyung ausdrücklich ausgenommen wird. Hieraus schließt man a contrario, daß derjenige, qui petitionem fundi realem habet, mit der Sicherheitsbestellung zu verschonen sey. Denn warum hätte das Gesetz gerade der Personal-Klagen gedacht, wenn Klagen überhaupt keine Befreyung von der Caution gewähren sollten? Diese Ausnahme bestätigt also die Regel in dem nicht ausgenommenen Falle, wenn nämlich Klagen, die unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, aus einem dinglichen und zwar entweder einem Eigenthums-, oder Erbrechte entstehen. Allein so blendend auch dieses Argument dem erstern Anscheine nach ist, so vielem Zweifel ist es unterworfen. Denn nicht zu gedenken, daß die so genannten argumenta a contrario bey der Erklärung der Gesetze der Pandecten überhaupt sehr mißlich, und mit vieler Behutsamkeit zu

59) S. *Per.* MÜLLER ad STRUVII Syntagm. iuris civ. Exercit. V. Th. 25. Not. γ. Nr. II. pag. 248.

gebrauchen sind [60]); so ist noch erst die Frage, ob dasjenige, was in dem angeführten §. 4. gesagt wird, von allen Personal-Klagen überhaupt zu verstehen sey. Wenigstens läßt sich daran nicht ohne Grund zweifeln, wenn man diesen §. 4. in Verbindung mit dem unmittelbar vorhergehenden erklärt. Hieraus wird sich ergeben, daß in jener Stelle eigentlich nur von der *actio pro dote petenda* die Rede sey. Denn unmittelbar vorher §. 3. *L.* 15. *D. h. t.* sagt **Macer:** Si fundus in dotem datus sit; tam uxor, quam maritus, propter possessionem eius fundi, possessores intelliguntur; und nun heißt es gleich nachher §. 4. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet; dieß kann ganz füglich von einer *petitio fundi dotalis* [61]) verstanden werden. Der Jurist will nämlich so viel sagen: anders verhalte sich die Sache, wenn dem Ehemann ein Grundstück, als Heyrathsgut, zwar versprochen, aber noch nicht übergeben worden ist. In diesem Falle könne man ihn noch nicht als Besitzer betrachten. Denn er habe ja nur eine Personalklage, nämlich die *actio ex stipulatu*, wenn das Heyrathsgut durch Stipulation versprochen worden, oder die *condictio*, wenn dasselbe ohne Stipulation durch die Solen-

60) *Ger.* NOODT hat diese Wahrheit an mehreren Orten seiner Schriften durch viele Beyspiele erwiesen. Man sehe desselben Probabilia Lib. I. Cap. 3. §. 4. desselben Diocletianum et Maximian. Cap. 22. und de Usufructu Lib. I. Cap. 19. et lib. II. Cap. 10. Siehe auch diesen Commentar I. Th. § 37. S. 258. f.

61) Es geschieht zwar freylich des fundi dotalis in dem angeführten §. 4. keine ausdrückliche Erwähnung. Allein es ist dem Styl der römischen Rechtsgelehrten gemäß, daß, wenn sie vorher vom fundo dotali geredet, sie solchen hernach nur schlechthin FUNDUS nennen. Man vergleiche *L.* 2. 5. *et* 11. *D. de fundo dotali.*

Solennität einer Diction zugesagt worden [62]). Diese Klagen wären aber freylich noch nicht hinreichend, um in deren Rücksicht den Ehemann von der Satisdation frey zu sprechen, weil doch immer noch die Hauptsache, nämlich der Besitz, ihm mangele, so lange das Dotalgut noch nicht übergeben worden ist. Wer bemerkt hier nicht den Unterschied zwischen fundus promissus und traditus, ferner zwischen Besitz und Klage? Noch eins. Wenn der römische Jurist wirklich die Absicht gehabt hätte, hier von persönlichen Klagen überhaupt zu reden, so würde er sich eines Theils eines solchen Ueberganges nicht bedient haben, wenn er sagt: diversa causa est eius etc. andern Theils aber würde auch alsdann die ganze Bemerkung füglich haben wegbleiben können, weil der Unterschied zwischen dem Besitzer eines Grundstücks, und demjenigen, welcher nur petitionem fundi personalem hat, besonders in Absicht auf Cautionsleistung, viel zu sehr in die Augen leuchtet, als daß es deßfalls einer besondern Bemerkung bedurft hätte. Allein versteht man den §. 4. von der persönlichen Dotalklage, so war die Bemerkung des römischen Rechtsgelehrten gar nicht überflüßig, weil allerdings darüber Zweifel

62) Denn zur Zeit des Aemilius Macer geschahe das Versprechen eines Heyrathsguts noch auf eine feyerliche Art durch Stipulation oder Diction. ULPIANUS in Fragm. Tit. VI. In SCHULTING *iurisprud. Antejustin.* p. 581. NOODT in Commentar. ad Pandect. Tit. de iure dotium, *Oper. Tom. II.* pag. 503. besonders *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. XV. pag. 143. — 147. (*edit. Tübingens.* 1788. 4.) Die hypothekarische Klage wegen einer versprochenen Brautgabe hat erst Justinian dem Ehemann gegeben. *L. un.* §. 1. *Cod. de Rei Uxor. act.* Darum gedenkt der römische Jurist nur der persönlichen Klage.

entstehen konnte, ob nicht derjenige, welchem ein Grundstück zum Heyrathsgut versprochen worden, schon gewissermaßen als Besitzer desselben anzusehen sey, weil die Gesetze die Rechte der Heyrathsgüter um des allgemeinen Nutzens willen sehr begünstigen, und daher eine darauf sich beziehende Klage immer als eine sehr sichere Klage angenommen werden kann [63]). Da also kein deutliches Gesetz vorhanden ist, welches die Frage, ob und in wiefern der Besitz einer zuständigen Real-Klage von der Verbindlichkeit zur Sicherheitsbestellung befreye? entscheidet, so kommt es hier, wie auch Schilter [64]) richtig bemerkt, vorzüglich auf das Ermessen eines klugen Richters an, welcher aus dem Befinden der Umstände zu beurtheilen hat, ob diejenige Parthey, um derentwegen die Caution vorgeschrieben ist, ohne eine besondere Bestellung derselben, wegen der Unkosten, Wiederklage, Stellung des Gegners vor Gericht, Erfüllung des rechtskräftigen Urtheils, oder weßhalb sonst eine Caution erfordert wird, hinlänglich gesichert sey. Wenn daher die Ansprüche desjenigen Theils, welchem die Sicherheitsbestellung obliegt, von der Art sind, daß man bey dem Gerichte, wo der Proceß rechtshängig ist, wegen der demselben obliegenden Verbindlichkeiten schleunige Hülfe cum effectu erlangen könne, oder sonst der Verdacht einer Flucht nicht leicht statt finden kann, so kommt es nicht weiter auf die Gattung solcher zuständiger Ansprüche an, sondern der Richter kann keine solche Parthey von aller Satisdation freysprechen, weil Niemand mit unnöthiger Cau-

63) *L.* 1. *D. soluto matrimon. L. un. pr. et §.* 1. *Cod. de rei uxor. act.*

64) Exercit. ad Pandect. VII. §. 23. pag. 153. *L.* 3. §. 1. *Ut in possession. legator.*

Cautionsleistung zu beschweren ist. Ganz vergeblich ist es demnach, wenn die heutigen Rechtsgelehrten über diejenigen Realklagen, welche von der Cautionsleistung befreyen sollen, sich nicht vereinigen können, und einige nur die Reivindicatio [65]), andere auch die Publicianische und die Erbschaftsklage [66]), noch andere aber auch die Confeßorische Klage, in so fern sie eine Prädial-Servitut zum Gegenstande hat [67]), hierher rechnen wollen, ohne in Erwägung zu ziehen, daß keine Klage überhaupt und an sich eine solche Befreyung mit sich führt.

Noch ist die Frage übrig, ob die unbeweglichen Güter, deren Besitz von der Verbindlichkeit, Vorstand zu leisten, befreyen soll, gerade unter dem Richter, vor welchem der Proceß geführet wird, gelegen seyn müssen, oder ob es genug ist, wenn sie nur sub eodem principe, obgleich außer dem Gerichtszwange jenes Richters, liegen? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen das letztere behaupten [68]), allein, wie mich dünckt, ohne einem hinreichenden Grund. Denn die Stelle Ulpians [69]), auf welche man sich deshalb beruft, sagt nur, daß es genug sey, si quis in alia eiusdem provinciae civitate satisdationem praestare paratus sit. Man hat aber nicht bedacht,

65) LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandect. h. t. §. 17.

66) LEYSER Spec. XXXIV. med. 3.

67) CRELL cit. Differt. §. 15.

68) Estors Anfangsgr. des gemeinen und Reichsprocesses Tit. 262. §. 2156. g. *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1045. Allein letzterer behauptet auch wieder an einem andern Orte das Gegentheil, nämlich Obs. 1159. S. auch *de* WINCKLER in Adversar. iur. iud. Obs. 3.

69) *L. 7. §. 1. D. h. t.*

dacht, daß alle Städte einer Provinz bey den Römern dem Imperium des nämlichen Präses unterworffen waren, und daß durch ihn die Hülfsvollstreckung geschehen mußte[70]). Eben derselbe Präses der Provinz hatte daher den Gerichtszwang sowohl an dem Orte, wo die Klage war erhoben worden, als an dem, wo das Mittel der Sicherheit befindlich war[71]). Wie läßt sich aber wohl der Schluß von dem Präses einer römischen Provinz auf unsere Landesherren rechtfertigen? Man mache also vielmehr mit Stryk[72]) und Berger[73]) einen Unterschied, ob durch ausdrückliche Landesgesetze, wie z. B. in Sachsen, verordnet worden, daß es bey dem Besitz unbeweglicher Güter, in Absicht auf Befreyung von der Caution, nicht auf die Lage derselben ankommen, sondern genug seyn solle, wenn sie nur in eines Herrn Landen, darin der Proceß geführt wird, liegen; oder ob eine solche Landesverordnung nicht vorhanden ist. So wie nun in dem ersten Falle die Sache außer Zweifel ist, so ist hingegen in dem andern wieder darauf zu sehen, ob der Rechtsstreit bey dem höchsten Landesjustizcollegium anhängig ist, welches im Namen des Landesherrn spricht, und unter welchem die übrigen Richter und Obrigkeiten, in deren Gerichtsbezirk die unbeweglichen Güter

70) Man sehe, was ich davon schon an einem andern Orte dieses 3. Theils S. 21. gesagt habe.

71) Denn denen obrigkeitlichen Personen in den Municipalstädten stand die Hülfsvollstreckung anders nicht, als mit Vorwissen des Präses der Provinz zu. *L.* 11. *Cod. de pignorib.*

72) in Usu Mod. Pandect. h. t. §. 9.

73) in Supplement. ad Electa disceptat. forens. P. I. Tit. XII. et XIII. ad Obs. 3. pag. 153.

Güter derjenigen Parthey, von welcher Caution gefordert wird, gelegen sind, oder ob der Proceß bey einer untern Instanz geführt wird. Im erstern Falle ist es zur Befreyung von der Caution hinreichend, wenn die unbeweglichen Güter nur sub eodem Principe, wenn gleich an einem andern Orte, als in welchem der Proceß geführt wird, liegen; im letztern Falle aber erfordert man heutiges Tages, daß die Parthey, welche mit der Sicherheitsbestellung verschonet werden will, mit unbeweglichen Gütern unter dem Richter angesessen sey, vor welchem der Rechtsstreit hänget [74], weil nur unter diesen Umständen der obsiegende Theil leichte und schleunige Hülfe erwarten kann [75].

74) Ganz richtig sagt daher SCHAUMBURG in Compendio iuris Digestor. h. t. §. 10. *Bona immobilia* EXTRA DISTRICTUM IURISDICTIONIS *sita, cautionis necessitatem non perimunt, nisi lis* CORAM PRINCIPE *pendeat, vel* SPECIALIS LEX *adsit.*

75) So erkannte auch die Marburger Juristenfakultät bey CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1159. „daß Beklagte G. Erben in der Hauptsache, ehe und bevor Klägerin *pro Reconventione et expensis* die behörige Caution zu *B.* als *in loco et foro reorum ordinario, quo lis agitatur,* bestellet, sich einzulassen nicht gehalten. Die Gründe waren: 1) weil bey der Requisition einer andern Gerichtsobrigkeit es vielen Anstand geben kann, so daß, wenn gleich der Kläger, als temere litigans, in die Unkosten verurtheilt werden sollte, der Richter, der ihn condemnirt, den Beklagten doch nicht sogleich, als es die Billigkeit erfordert, zu den Unkosten verhelfen, oder der Beklagte mit seiner Reconvention lang herumgezogen werden könnte; nun aber 2) die Cautio pro Reconventione et Expensis zu dem Ende eingeführt worden ist, damit vermittelst derselben ein Richter, der sonst incompetens ist, gegen den

§. 249.

Caution muß gefordert werden.

Zum Beschluß dieser Lehre bemerkt unser Verfasser noch ganz richtig, daß es von dem Gutdünken der Partheyen abhänge, ob sie durch Cautionsleistung sich gehörig sicher zu stellen für nöthig achten. Der Richter kann daher nicht von Amtswegen, sondern nur aufgerufen von einem der streitenden Theile, welchem daran gelegen, auf Sicherheitsbestellung erkennen [76]). Denn es ist eine bekannte Regel: quod iudex officium suum in causis civilibus non impertiatur, nisi imploratus [77]). Eine Ausnahme findet jedoch allerdings in Ansehung der Minderjährigen, und solcher Personen statt, die den Minderjährigen gleich geachtet werden, z. B. milder Stiftungen, Kirchen, Schulen, Städte, Gemeinheiten und dergleichen. Denn da der Richter für solche Personen, bey denen dieselben betreffenden Geschäften, von Amts-

den Kläger einen Gerichtszwang, und dadurch der Beklagte gegen den Kläger bey seinem Richter so promte Justiz erhalten möge, als dieser von demselben gegen ihn verlangt, da er sich nicht weigern kann, den Richter gegen sich zu erkennen, welchen er für sich erkennet: Um welcher Ursache willen ganz billig ist, daß extra Electoratum Saxoniae nicht einmahl genügt, wenn die bona immobilia sub eodem Principe gelegen, sondern präcise erfordert wird, ut actor eo in loco, quo lis agitur, bona immobilia possideat.“ Vergleiche auch AYRER cit. Diss. de cautione a bonor. immobil. possessore non exigenda. Cap. III. §. 9.

76) *L. 1. §. 9. D. Ut legator. seu fideicom. servand. caus. caveat. Just. Henn.* BOEHMER in Diss. de iudice procedente ex officio in processu civili. (*Halae* 1712.) Cap. I. §. 8. pag. 13.

77) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 142.

Amtswegen zu ſorgen, und allen Nachtheil, welcher ſie betreffen könnte, ſo viel möglich, abzuwenden verbunden iſt [78]); ſo iſt es auch eine unſtreitige Pflicht deſſelben, dem Gegner ſolcher Perſonen, da wo es die Nothdurft und das Beſte derſelben erfordert, auch ohne ihr geäußertes Verlangen, Sicherheitsleiſtungen aufzulegen [79]).

Lib. II. Tit. IX.

Si ex noxali cauſa agatur, quemadmodum caveatur.

---

§. 250.

Beſondere Art der Cautionsleiſtung bey Noxalklagen.

Wenn bey den Römern ein Herr aus einem Privat-Delictum ſeines Sklavens actione noxali belangt wurde, ſo mußte er dem Kläger Caution beſtellen, *ſe ſervum in eadem cauſa exhibiturum, in qua tunc eſt, donec iudicium accipiatur* [80]). Der Grund hiervon war, durch dieſe Caution vorzubeugen, daß nicht der Beklagte durch eine etwa vor der litiscontestation unternommene Veräußerung oder Noxae deditio des Sklavens die Lage des

78) *L.* 44. §. 1. *D. de admin. et peric. tutor.* Reichs-Policeyordn. vom Jahr 1577. Tit. 32. §. 4. Claproths Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen 1. Abſchn. §. 20.

79) BOEHMER cit. Diſſertat. Cap. II. §. 9.

80) *L.* 1. *D. h. t.*

des Klägers und seiner Rechte verschlimmern, oder deren Ausführung beschwerlicher machen möge [81]). Denn durch die bloße in ius vocatio ward der Sklave noch nicht streitig. Erst die Litiscontestation brachte den effectum litigiosi hervor, wie oben (§. 236. b.) gezeigt worden ist. Folglich konnte der Sklave bis dahin noch verkauft, oder einem andern, der auch durch denselben beschädiget worden, an Zahlungsstatt gegeben werden. Allein dieß war für den Kläger sehr nachtheilig, denn nun mußte er die Sache, nach der Regel: noxalis actio caput sequitur, mit dem neuen Herrn und Besitzer des Sklavens ausmachen [82]). Nach der Litiscontestation hingegen hatte der Kläger nichts mehr zu befürchten. Denn wenn der Beklagte auch nun aufhörte, den Sklaven zu besitzen, so hatte die Klage doch ihren Fortgang, der Beklagte wurde nunmehr zur Ersetzung des Schadens schlechthin verurtheilt, und er hatte sich es selbst zuzuschreiben, daß er sich um die Erlaubniß gebracht, den Sklaven zum Ersatz des Schadens hinzugeben [83]). Wenn der Herr nach geleisteter Caution den Sklaven frey ließ, so schien die Lage des Klägers dadurch nicht verschlimmert

81) *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.* IN EADEM CAUSA SISTERE videtur, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius.

82) *§.* 5. *I. de noxalibus action.*

83) *L.* 37. *et* 38. *pr. D. de noxal. actionib.* In der *L.* 38. lesen einige ältere Ausgaben für sublaturum, *subiturum*. Aber unrichtig. Denn *sufferre litis aestimationem* statt praestare ist eine ganz bekannte, besonders dem Ulpian gewöhnliche Redensart, wie aus *L.* 17. *§.* 4. *D. de iniur.* *L.* 17. *§.* 18. *L.* 23. *§.* 8. *D. de aedil. edict.* *L.* 21. *§.* 2. *D. de evict.* erhellet. Siehe *Car. Andr.* DUKER in Not. ad Opuscula de latinitate vet. ICtor. pag. 359. et BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *sufferre*.

mert zu seyn [84]), weil nun die actio directa gegen den Freygelassenen angestellt werden konnte [85]). Denn wenn gleich Sklaven nach erfolgter Freylassung derselben aus ihren vormahligen Contracten nicht weiter belangt werden konnten, so blieben sie doch aus ihren Verbrechen verbindlich [86]). Jedoch hat alles dieß heutiges Tages keinen Gebrauch mehr. Wer indessen mehr von dieser Caution wissen will, der lese Anton Schulting [87]) und besonders Gregor Majansius [88]).

84) *L. pen. in fin. D. h. t.*

85) *§. 5. Inst. de noxal. act.*

86) *L. 14. D. de obligat. et action.*

87) in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t.

88) in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iuris civ. corpore. *(Genevae* 1764. 4.) Tom. II. pag. 265. sqq.

Lib. II. Tit. X.

De eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio ſiſtat.

§. 251.

Mancherley Rechtsmittel, wenn eine Parthey durch eines andern Bosheit iſt abgehalten worden, vor Gericht zu erſcheinen.

Wenn der Beklagte, ſeiner geleiſteten Caution zu Folge, ſich zur beſtimmten Zeit vor Gericht nicht ſtellete, ſo war entweder ein Ungehorſam deſſelben die Urſache ſeines Auſſenbleibens, oder es war Bosheit eines andern [89]), der ihn verhindert hatte, ſich gehörig zu ſtellen. Der erſtere Fall gehört zum folgenden Titel, letzterer aber hierher. Der Beklagte konnte nun entweder aus Bosheit und Chikane des Klägers ſelbſt, oder aus Vorſatz und Gefährde eines Dritten ſeyn abgehalten worden, zu erſcheinen. Im erſtern Falle konnte ſich der Beklagte mit der exceptio doli ſchützen, wenn etwa der Kläger gegen ihn ex ſtipulatu auf die Bezahlung der Strafe

89) Worin dieſer *dolus* beſtehe, erläutert *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* Feciſſe autem DOLO MALO non tantum is putatur, qui ſuis manibus, vel per ſuos retinuerit; verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne iudicio ſiſtat, ſive ſcientes, ſive ignorantes, quid eſſet, quod committeretur. — DOLUM MALUM etiam accipimus, ut ſi quis venienti ad iudicium aliquid pronunciaverit triſte, propter quod is neceſſe habuerit, ad iudicium non venire, teneatur Edicto.

Strafe klagte [90]). Im andern Falle hingegen konnte er gegen den Dritten auf das Intereſſe klagen [91]). Eine Exception konnte deshalb dem Kläger darum nicht entgegen geſetzt werden, weil ihm der dolus eines Dritten nicht ſchaden konnte [92]). Hatte jemand aus Gefährde den Kläger abgehalten, vor Gericht zu erſcheinen, und hierdurch verurſacht, daß die geſetzliche Verjährungszeit unterdeſſen abgelaufen [93]), ſo kam es ebenfalls darauf an, ob er durch den Dolus des Beklagten oder eines Dritten war verhindert worden. Im erſtern Falle konnte ſich der Kläger, wenn ihn die Einrede der Verjährung entgegen geſetzt wurde, mit der replica doli helfen. Im andern Falle hingegen klagte er gegen den Dritten actione in factum auf das Intereſſe [94]). Nach Ablauf eines Jahres hatte jedoch dieſe Klage nicht mehr ſtatt [95]). War der Dritte nicht vermögend, den Schaden zu erſetzen, ſo ſtellte der Prätor, der Billigkeit wegen, die erloſchene Klage wieder her, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat, et actor damno adficiatur, wie Ul-

90) *L.* 1. *§.* 3. *D. h. t.*

91) *L. ult. §.* 2. *D. h. t. L.* 3. *D. ſi quis caut. in iud. ſiſt. cauſ. fact.*

92) Alienus enim dolus nocere alteri non debet. *L.* 26. *§. fin. D. de noxal. action. L.* 11. *pr. D. de doli mali et met. except.*

93) Denn nicht durch die in ius vocatio, ſondern erſt durch die Litisconteſtation wurde die Klage perpetuirlich. *Anr.* FABER de erroribus Pragmaticor. Decad. LXX. err. 6.

94) *L.* 3. *pr. D. h. t.*

95) *L.* 1. *§. ult. D. eod.*

Ulpian [96]) sich ausdruckt. Der Kläger stellte nun gegen den Beklagten die actio restitutoria an, welche, wie Anton Faber gegen Accursius erwiesen [97]), eine actio utilis war. Uebrigens unterscheidet sich die in diesem Titel enthaltene Klage von derjenigen, welche vermöge des oben erklärten Tit. VII. gegen einen solchen angestellt wurde, qui in ius vocatum vi exemit, darin, das sie von Seiten desjenigen, welcher sie anstellte, eine bloße actio rei persecutoria war, welche nur auf den Ersatz des wirklich erlittenen Verlusts (quod revera amiserit actor) ging [98]), und sowohl vom Beklagten als dem Kläger angestellet werden konnte. Wenn daher der Beklagte dem Kläger eine Summe von hundert schuldig war, der Bürge aber auf den Fall, da der Beklagte sich vor Gericht nicht stellen würde, nur für funfzig zu stehen versprochen hatte, so konnte gegen den Dritten, der den Beklagten aus Gefährde abhielt, zu erscheinen, doch auf eine Summe von hundert, als so viel der Beklagte dem Kläger erweißlich schuldig war, geklagt werden [99]). Nur in Ansehung desjenigen, dessen Bosheit bestraft werden sollte, war sie gewissermaßen eine Pönalklage [100]). Daher mußte auch jeder für das Ganze haften, wenn mehrere

96) *L.* 3. §. 1. *eod.* Man vergleiche hier *Ant.* FABER de erroribus pragmaticor. Decad. LXX. err. 4.

97) im angeführten Buche, Decad. LXX. err. 5.

98) *L.* 3. *pr. D. h. t.* S. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 12. I. de actionib.

99) *L.* 3. §. 4. *D. h. t.*

100) *L.* 1. pr. et §. 4. *D. h. t. Ger.* NOODT in Comm. ad h. tit. circ. fin. Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. IV. Tit. 6. §. 20. et Tit. 12. §. 6.

rere an den Dolus Antheil genommen, hatte jedoch einer den Kläger befriediget, so waren die übrigen von ihrer Verbindlichkeit befreyet [1]). Allein die Klage aus dem Tit. VII. war eine pure Pönalklage, die nur der Kläger gegen den Exemtor anstellen konnte, und auch dann statt hatte, wenn gleich desselben Forderung an den Beklagten ganz ungegründet war. Den Grund dieses Unterschiedes setzt Janus a Costa [2]) darin, weil durch die letztere Klage zugleich die durch Exemtion des Beklagten beleidigte Majestät des Prätors habe geahndet werden sollen; allein in dem Falle, in welchem die Klage aus diesem Titel angestellet worden, sey die Beleidigung bloß dem Judex Pedäneus wiederfahren, der nur eine Privatperson war. Ob dieser Grund befriedigend seyn dürfte, zweifle ich sehr. Denn die Verbindung dieses Titels mit den vorhergehenden lehrt deutlich, daß solcher noch zur Materie von der in ius vocatio gehört, wodurch der Beklagte vor den Prätor gefordert wurde. Mithin ist auch hier, wie oben Tit. VII. der Fall vorauszusetzen, daß man abgehalten worden sey, vor dem Prätor zu erscheinen. Die Worte *in iudicio*, welche in der Ueberschrift dieses Titels vorkommen, beweißen nicht das Gegentheil. Es läßt sich auch aus der in den Gesetzen desselben öfters vorkommenden Redensart *iudicio sisti* noch keinesweges schließen, daß die Citation vor den Judex Pedaneus geschehen sey. Denn wenn gleich sonst in der Sprache unserer Gesetze das Wort *ius* für das Tribunal des Prätors genommen wird, *iudicium* aber den-

1) L. 1. §. 4. D. h. t.

2) a. a. Ort.

denjenigen Ort bezeichnete, wo der den Partheyen bestellte Iudex Pedaneus saß, und das streitige Factum untersuchte [3]); so sagte man doch niemahls in iure se sistere, sondern allemahl *iudicio se sistere*, *iudicio sisti*. Hierzu kommt, daß die Litisconrestation ehemahls bey den Römern, nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten [4]), in iure, d. i. vor dem Prätor, geschahe. Denn der Prätor konnte nicht eher einen Iudex bestellen, noch demselben eine Formel vorschreiben, als bis er gesehen, worin der eigentliche Status causae bestand, und was der Kläger, oder der Beklagte bei seiner Ausflucht zu erweisen hatte. Wie wäre also nun noch eine Verjährung der Klage möglich gewesen, nachdem die Sache einmahl dem Iudex Pedaneus war übertragen worden? Unstreitig glaubten die Römer, daß eine offenbare Gewalt, mit welcher man sich dem Kläger bey der in ius vocatio widersetzte, für die gerichtliche Rechtsverfolgung gefährlicher und daher auch straffälliger sey, als wenn man bloß durch List und Gefährde eine Parthey von der Erscheinung vor Gericht abhielt. Ueberdem war das Recht des Klägers, den Beklagten in ius zu vociren, in einer lege publica populi Romani gegründet. Wer also einen in ius vocirten mit Gewalt aus des Klägers Händen entriß, gesetzt auch, daß der Kläger wegen mangelnden Klagegrundes privatim wirklich nichts dabey verlohr, hatte ihn doch eines öffentlichen Rechts beraubt, und war Ursache, daß der Kläger dasjenige Recht nun nicht behaupten konnte, was populi iussu zum gemeinen Besten aller römischen Bürger

3) Siehe den 1. Th. dieses Commentars S. 8.

4) *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure veteri et hodierno Sect. I. §. 3. sqq.

ger war eingeführt worden. Eine solche Verletzung des gemeinen Rechts blieb daher immer eine sehr strafbare Handlung, wenn gleich der Kläger ein Chikaneur war, mithin derselbe durch die gewaltsame Befreyung des Beklagten aus seinen Händen, in seinem Privatrechte nicht den mindesten Verlust erlitten hatte. Allein ein ganz anderes Verhältniß war es, wenn jemand den Beklagten bloß aus Gefährde abhielt, vor Gericht zu erscheinen. Denn daß der Beklagte, seiner geleisteten Caution gemäß, vor Gericht erschien, gehörte blos zum ius privatum, weil nicht sowohl ein öffentliches Volksgesetz als vielmehr die Verbindlichkeit zur Strafe des Ungehorsams ihn dazu nöthigte. Ganz natürlich war es also, daß der Kläger gegen denjenigen, der an dem Aussenbleiben des Beklagten Schuld war, nur in so ferne klagen konnte, als er wirklich ein Interesse dabey hatte [5]). Daß man noch heutiges Tages auf das Interesse klagen könne, wenn mich ein Dritter aus Vorsatz und Gefährde abgehalten, vor Gericht zu erscheinen, und ich dadurch Schaden gelitten habe, ist wohl außer Zweifel, da indessen nach dem neuern römischen und heutigen Rechte schon durch die gerichtliche Citation eine jede Verjährung unterbrochen wird, (§. 236. a. S. 341.) so wird die Klage freylich selten vorkommen [6]).

5) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. seu Exercitation. ad ius civile lib. II. cap. 9. in *Thes Iur. Rom. Ottonian.* Tom. II. pag. 1430.

6) *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 4.

Lib. II. Tit. XI.

Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit.

§. 252.

Eingeſchränkter Inhalt dieſes Titels in Abſicht auf die Geſetze der Pandecten. Begriff des Ungehorſams.

Wurde der Beklagte von Niemand gehindert, ſich vor Gericht zu ſtellen, und er erſchien, ſeiner geleiſteten Caution gemäß, dennoch nicht, da er doch erſcheinen konnte und ſollte, ſo hieß dieſes bey den Alten *vadimonium deſerere*[7]). Allein Tribonian braucht hier dieſen Ausdruck nicht. Die Urſache iſt, weil die cautio de iudicio ſiſti zu ſeinen Zeiten nicht bloß durch Bürgen (datis vadibus) ſondern auch durch Eid, oder bloßes Verſprechen geleiſtet wurde. Daher ſchien ihm jener Ausdruck nicht mehr paſſend zu ſeyn, ſondern er ſagt ſtatt deſſelben *cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperare*, oder: *promiſſionem deſerere iudicio ſiſtendi cauſa factam*[8]). Die Folge dieſes Ungehorſams war, daß der Kläger nicht nur actione ex ſtipulatu gegen den Beklag-

7) CICERO *in Catilin. II. cap. 4.* SENECA *de Benefic.* lib. IV. cap. 39. Man vergleiche vorzüglich *Ant. Henr. van* HEES Diſſ. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante Lit. conteſt. fiebant. Cap. IV. §. 48. et 49. und *Bav.* VOORDA Diſſ. de vadimonio Cap. IV. per tot.

8) *L. 4. §. 4. D. h. t. L. ult. D. Qui ſatisd. cog.* Daß dieſe Stellen interpolirt ſind, bemerkt auch VOORDA in der angef. Diſſertat. Cap. I. §. 4.

klagten oder desselben Bürgen auf die versprochene Geldstrafe, welche jedoch die gesetzmäsige Summe nicht übersteigen durfte [9]), oder, wenn eine solche Strafe nicht war versprochen worden, auf das Interesse klagen konnte [10]), bey dessen Bestimmung lediglich auf die Zeit zu sehen war, da der Beklagte sich hätte stellen sollen [11]); sondern der Kläger konnte auch, wenn der Beklagte sich versteckt hielt, und Niemand ihn vor Gericht vertheidigte,

9) *L.* 4. §. *ult. D. Si quis caut.* Worin diese gesetzmäßige Quantität der stipulirten Geldstrafe bestanden, bestimmt das angeführte Gesetz nicht. CUJACIUS Observat. lib. X. cap. 10. NOODT in Commentar. ad h. Tit. §. 1. und SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 2. glauben, daß sie bis auf das Duplum erlaubt gewesen sey. Allein ohne Beweis. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad h. Tit. meint zwar, diesen Mangel durch die Bestimmung der *L. un. Cod. de Sentent. quae pro eo, quod interest*, ergänzen zu können. Allein wie läßt sich ein Fragment des Ulpians aus einer weit neuern Verordnung des Kaiser Justinians erklären? Die gesetzmäßige Quantität scheint vielmehr diejenige gewesen zu seyn, welche dem Interesse des Klägers gemäß war, sie mochte das duplum, triplum oder quadruplum enthalten, si tanti res esset. Dieß erhellet aus der *L.* 2. §. 5. *L.* 3. *D. qui satisdare cog.* und der *L. ult. D. si quis in ius voc. non ierit.* Man vergleiche *van* HEES cit. Diss. §. 48. und VOORDA in der angef. Dissert. Cap. IV. §. 3.

10) *L.* 2. §. *ult. D. qui satisd. cog.*

11) *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* Wenn Paulus sagt: Illud tenendum est, quod *aestimationem* eius, quod interfit agentis, ad illud tempus *referendum est*, quo sisti debuit etc. statt aestimatio referenda est, so ist dieß ein Graecismus, der nicht nur den Röm. Rechtsgelehrten, sondern auch den Classikern sehr gewöhnlich ist, wie *Val. Guil.* FORSTER Observation. succisivar. lib. I. cap. 1. in *Thes. iuris Rom. Ottonian.* T. II. p. 905. aus vielen Beyspielen erwiesen hat.

digte, Immißion in den Besitz seiner Güter erhalten [12]). Ob der Gläubiger gerade erst nach dreyßig Tagen um diese Immißion habe ansuchen dürfen, wie Noodt [13]) behaupten will, ist unerweißlich. Es läßt sich vielmehr aus einer Stelle des Cicero [14]) mit grösserer Wahrscheinlichkeit schließen, daß der Kläger, wenn er wollte, gleich post desertum a reo vadimonium die gedachte Mißion habe erlangen können [15]). Hieraus erhellet, daß in den Gesetzen dieses Titels bloß von dem Ungehorsam des Beklagten vor der Litiscontestation die Rede ist. Denn wenn ein streitender Theil, es sey der Kläger oder der Beklagte, nach der Litiscontestation ungehorsam sich bezeigte, und den Rechtsstreit ganz liegen ließ, so hieß dieses *Eremodicium contrahere* [16]), und eine solche contumacia wurde, wie Hermogenian [17]) sagt, *litis damno* bestraft, welches jedoch nicht von dem Verlust des ganzen Processes zu verstehen ist; nein, denn wenn auch der Beklagte auf wiederholte Vorladung nicht erschien, so hatte der Proceß, dessen ohngeachtet, seinen Fortgang,

12) *L. 2. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Dieses Fragment ist mit der oben angeführten *L. 2. D. qui ſatisd. cog.* aus einem Buch des Ulpians *libro 5. ad Edictum* genommen.

13) in Commentar. ad Dig. h. t.

14) Orat. *pro P. Quintio* cap. 6.

15) *van* HEES cit. Diſſ. §. 48.

16) *L. 7. §. ult. D. de minorib. L. 13. D. iudicat. ſolvi. L. 13. §. 3. et 4. C. de iudic. Nov. LXIX. c. 3. iunct. L. 31. §. 2. D. de negot. geſt. L. 54. §. 1. D. de re iudic. L. 11. D. iudic. ſolv.* S. *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris epitomar. Libros VI. Tom. I. pag. 240. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. fec. ord. Digestor. h. t. §. 9.

17) *L. 53. pr. D. de re iudicat.*

gang, und fand der Richter bey Untersuchung der Sache, daß der Kläger kein gegründetes Recht hatte, so mußte dennoch für den abwesenden Beklagten gesprochen werden [18]). Es ist also vielmehr unter dem *damno litis* ein Ersatz der Kosten des Processes zu verstehen, welche in einem solchen Falle der Ungehorsame, wenn er auch gleich obgesiegt hatte, dennoch billig tragen muste, wie Joseph Finestres [19]) sehr gründlich erwiesen hat [20]). Von einem solchen Ungehorsam, den eine Parthey nach der litiscontestation begeht, wird also an ganz andern Orten der Pandecten, nämlich in den Titeln de iudiciis (*lib. V. Tit.* 1.) und de re iudicata (*Lib. XLII. Tit.* 1.) gehandelt. Unser Autor hat indessen die Materie von dem Ungehorsam der Partheyen im Proceß hier in ihrem ganzen Umfange abzuhandeln für gut befunden, und dabey hauptsächlich auf das heutige Recht Rücksicht genommen. **Ungehorsam** [21]) (contumacia) heißt beym Proceß überhaupt eine Vernachläßigung desjenigen, so einer streitenden Parthey zu einer bestimmten Zeit vor Gericht zu besorgen rechtmäsig obgelegen. Derjenige ist also für ungehorsam zu halten, welcher der ihm entweder von

18) *L.* 73. *D. de iudiciis.*

19) in Hermogenian. ad L. 53. D. de re iudicat. Tom. I. pag. 320. et sqq.

20) Hiermit stimmt auch WESTENBERG in Digest. h. t. §. 9. überein.

21) Vergl. *Wolfg. Ad.* SCHOEPF Tr. de processu unilaterali cum primis contumaciali. *Tubing.* 1748. *Iust. Henn* BOEHMER Diss. de contumacia non respondentis. *Halae* 1717. *Io. Aug.* REUSS de contumacia ad praxin Senatus imperialis aulici. *Stuttgardiae* 1782. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes 2. Th. 2. Hauptst.

den Gesetzen selbst und unmittelbar oder vom Richter geschehenen Auflage, etwas vor Gericht zu besorgen, aus Vorsatz oder Nachläßigkeit entweder gar keine oder nicht gehörige Folge geleistet. Aller Ungehorsam setzt demnach 1) eine vollkommene Verbindlichkeit, eine gerichtliche Handlung zu besorgen, voraus, es entstehe nun dieselbe aus einer unmittelbaren Vorschrift der Gesetze, oder aus einem gehörig erlassenen und eingehändigten richterlichen Befehle. 2) Die Unterlassung dessen, was dem Ungehorsamen zu thun obgelegen, muß entweder einen bösen Vorsatz, oder wenigstens eigenes Verschulden desselben zum Grunde haben [22]). Wenn Hermogenian [23]) sagt: *contumax* est, qui tribus edictis propositis, vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium appellatur, litterisve vocatus, praesentiam sui facere contemnit; so bezieht sich dieser Begriff, wie schon oben bemerkt worden, auf den Ungehorsam, welchen der Beklagte nach der Litiscontestation beging. In solchem Falle mußte demselben, wenn er auf wiederholte Vorladung nicht erschien, schriftlich angedeutet werden, daß bey fernerem Aussenbleiben, Untersuchung und Erkenntniß über die Klage seiner Abwesenheit ohnerachtet erfolgen werde. Ein solcher obrigkeitlicher Befehl hieß *Edictum peremtorium*, und hat, wie Ulpian [24]) bemerkt, seinen Namen daher erhalten, quod perimeret disceptationem; hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari.

Wie

22) MEVIUS P. VIII. decis. 289. Pütter in den Rechtsfällen I. Band. 4. Th. Resp. CLXXIV. n. 23. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 741.

23) *L.* 53. *§.* 1. *D. de re iudic.*

24) *L.* 70. *D. de iudiciis.*

Wie vielmahl der Beklagte vorgeladen werden müſſen, ehe der Kläger ein edictum peremtorium auswirken konnte, hieng zwar, wie ebenfalls Ulpian[25]) bezeugt, von dem Ermeſſen des Magiſtrats ab, gewöhnlich aber war die dritte Ladung peremtoriſch; hatte jedoch der Prätor gleich der erſtern Ladung die Clauſel eines peremtoriſchen Edicts beygefügt, ſo nennte man ein ſolches *unum pro tribus*, oder, wie Ulpian[26]) ſagt, *unum pro omnibus*[27]). Da endlich nach der formulariſchen Proceßart der Römer bey den gerichtlichen Verhandlungen die Gegenwart der Partheyen in der Regel erforderlich war, und zu dem Ende jede Parthey vom Präco in der Ordnung aufgerufen wurde[28]); ſo erklärt ſich daraus, warum Hermogenian in ſeinem Begriff vom Ungehorſam bloß des Nichterſcheines gedacht hat. Es iſt demnach dieſer Begriff dem heutigen Gerichsgebrauche nicht mehr angemeſſen[29]).

25) *L. 72. D. de iudiciis.*

26) *Leg. cit.*

27) S. FINESTRES in Hermogenian. ad §. 1. L. 53. D. de re iudicat. pag. 331 — 334.

28) *L. 7. D. de reſtitut. in integr.* PLAUTUS in *Curcul.* Act. I. Sc. III. v. 5. ſeqq. HOTOMANNUS ad Ciceron. in Verrem lib. II. cap. 17. VOORDA Diſſ. de vadimonio Cap. IV. §. 1.

29) S. *Iac. Gottl.* SIEBER in Comment. de contumaciae ante Lit. Conteſt. in cauſis civil. a reo commiſſae effectibus. *Goett.* 1757. 4. §. 1. pag. 3.

§. 253.

Eintheilungen des Ungehorsams.

Man theilt den Ungehorsam der Partheyen in den wahren (contumacia vera) und den vermutheten (contumacia praesumta) ein. Wenn nämlich außer Zweifel ist, daß eine Parthey dasjenige, was sie zu thun schuldig war, nicht nur wohl gewußt, sondern daß sie auch ihrer Schuldigkeit entweder absichtlich und aus Verachtung des richterlichen Ansehens, oder aus unverzeihlicher Nachläßigkeit kein Genüge gethan hat, so ist dieses ein wahrer Ungehorsam; wird hingegen aus der Unterlassung ihrer Obliegenheit der Ungehorsam nur so lange vermuthet, bis dieselbe darthut, daß sie weder aus Bosheit noch auch durch ihr Verschulden der richterlichen Auflage keine Folge geleistet, so ist dieses ein vermutheter Ungehorsam. Den Gesetzen ist diese Eintheilung nicht unbekannt. Sie nennen die contumacia praesumta eine *quasi contumacia*, und sagen verschiedentlich, daß jemand als *quasi contumax* verurtheilt werden könne [30]). Der wahre Ungehorsam ist wieder entweder ein vorsetzlicher oder nur ein verschuldeter Ungehorsam, je nachdem derselbe entweder offenbare Bosheit, oder eine bloße Nachläßigkeit zum Grunde hat. Wenn z. B. der Vorgeladene geradezu erklärt, daß er den richterlichen Befehl nicht befolgen wolle, so ist dieses ein böslicher, ein vorsetzlicher Ungehorsam [31]).

Ist

30) *L.* 8. *D. de minorib. XXV. ann.* PAULUS *Recept. Sentent.* lib. V. Tit. 5. §. 7.

31) LUDOLF Symphor. decis. et consultat. T. II. Nr. XIX. p. 919. B. Estors Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprocesses. Tit. 245. §. 2052.

Ist der Ungehorsam einer Parthey ein nicht vorsetzlicher, nur verschuldeter Ungehorsam, so entstehet die Frage, ob es dabey auf den Grad der Nachläßigkeit ankomme? Verschiedene Rechtsgelehrten [32]) wollen dieses behaupten; sie meinen, daß, ausser dem bösen Vorsatz, nur einer groben Nachläßigkeit wegen die Strafe des Ungehorsams statt finden könne, weil nur eine lata culpa dem dolus gleich zu achten sey [33]). Allein besser stimmt die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [34]) mit der Analogie des Rechts überein, welche behaupten, daß solche Strafen des Ungehorsams, welche der Gegentheil um seines Interesse willen gegen den Ungehorsamen gerichtlich zu verfolgen berechtiget ist, auch wegen einer geringen Nachläßigkeit erkannt werden können. Denn wer durch eigene Schuld Schaden leidet, ist nicht zu bedauern, und findet von Seiten der Gesetze keine Hülfe [35]). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn der Ungehorsame noch minderjährig seyn sollte; denn diesem kommt die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, zwar nicht gegen einen böslichen [36]), aber doch gegen einen verschuldeten Ungehorsam zu statten [37]). Diesem ist nicht

32) PUFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 31. §. 1. *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de purgatione contumaciae in processu. (*Halae* 1733.) Cap. I. §. 4. et 6.

33) *L.* 226. *D. de Verb. Signific.* *L.* 1. *§.* 1. *D. Si mens. falsum mod. dixer.* *L.* 29. *pr. D. mandati.* *L.* 1. §. 1. *D. Si quis testam. liber esse iussus fuerit.*

34) SIEBERI Commentat. cit. de contumaciae ante L. C. a reo commissae effectibus. §. 3.

35) *L.* 203. *D. de Reg. Iur.*

36) *L.* 9. §. 2. *D. de minoribus.*

37) *L.* 8. *D. eodem.* Ueber diese Stelle verdient FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. pag. 239. sqq. nachgesehen zu werden.

nicht entgegen, wenn Javolen [38]) *libro sexto Epistolarum* schreibt: Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit. Denn daß dieser Ausspruch nicht von einem jeden Ungehorsam, sondern nur von einem solchen zu verstehen sey, der gegen obrigkeitliche Verfügungen, welche bey den Römern vi imperii geschahen, ist begangen worden, z. B. wenn jemand denjenigen, welcher ex decreto Praetoris die Immißion erhalten, nicht in den Besitz der Sache lassen wollte, oder wenn der Beklagte sich der Execution widersetzte, haben schon Gothofredus [39]), Pacius [40]) und Julius von Beyma [41]) bemerkt. Uebrigens besteht der Unterschied zwischen einem wahren und vermutheten Ungehorsam vorzüglich darin, daß letzterer sich durch rechtmäsige Entschuldigungen aus dem Wege räumen läßt, auch, wenn etwas widriges deshalb erkannt worden ist, suspensiv Mittel statt finden [42]), welche hingegen bey einem wahren Ungehorsam wegfallen [43]). Es verstehet sich indessen, daß wider

38) *L.* 199. *D. de Reg. iuris.*

39) in Commentar. in tit. Pandectar. de diversis regulis iuris antiqui ad cit. L. 199. pag. 154.

40) Ἐναντιοφανῶν seu Legum conciliatar. Centur. II. Quaest. 93.

41) in Commentar. in Tit. D. de Verbor. Significat. et de divers. reg. iuris antiqui ad dict. L. 199. pag. 401.

42) MEVIUS in Decision. T. I. P. V. Decis. 179. Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. IX. Hauptst. §. 295.

43) L. 73. §. *ult.* L. 75. D. *de iudiciis.* L. 23. §. 3. D. *de appellat.* L. 1. Cod. *quorum appellat. non recip.* L. 13. §. 4. Cod. *de iudiciis.* Hieraus ist auch L. 31. §. 2. D. *de negot. gest.* zu erklären, in welcher ein Defensor entschuldiget wird, daß er gegen die Sentenz, welche wider den ungehorsamlich aus-

wider den Ungehorsamen ordnungsmäßig müsse verfahren und erkannt worden seyn. Denn wegen gegründeter Beschwerden über das Verfahren des Richters kann auch dem Ungehorsamen die Appellation nicht abgeschlagen werden [44]). Nächstdem aber darf auch die Strafe des Ungehorsams nie weiter, als auf diejenige Handlung erstreckt werden, welche der Ungehorsame, der ihm geschehenen richterlichen Auflage gemäß, zu verrichten unterlassen hat. In andern Theilen des Processes und gerichtlichen Verhandlungen, bey welchen kein Ungehorsam begangen worden ist, stehet daher dem Ungehorsamen allerdings das Rechtsmittel der Appellation zu [45]).

§. 254.

ausgebliebenen Beklagten ergangen, kein Rechtsmittel eingewandt; gewiß aus keinem andern Grunde, als weil ein wahrer Ungehorsam das Rechtsmittel der Appellation ausschließt, mithin durch Unterlassung derselben vom Defensor wirklich nichts war versehen worden. Man sehe *Ios.* FINESTRES in Hermogen. Tom. I. ad L. 53. pr. D. de re iudic. §. 19. pag. 330. *Casp. Henr.* HORN Diss. de contumace non appellante. MEVIUS P. V. Decis. 224. not. 8. WERNHER Observat. for. T. II. P. X. Obs. 374. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 81. n. 8. CANNGIESER Decis. Hass. Cassel. T. I. Decisio XXXV. n. 5.

44) MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 427. welcher sagt: *Ita quidem est, quod contumax non appellat, aut appellans non auditur, at ita, si etiam contra contumaciam iustus observatur processus, eoque mediante condemnatur. In quo excessus aut defectus appellationi locum facit.*

45) SIEBER cit. Commentat. de contumaciae ante L. C. a reo comm. effectib. §. 24. Ibi: *Observandum tamen est, hanc contumaciae poenam ad eum tantum actum, quem reus omisit, cuiusque causa contumax est, pertinere; adeoque, si spectes reliquas processus partes, omnino eius appellationem audiendam esse, propterea quod in iis nullam commisit contumaciam.*

§. 254.

Wenn eher tritt der Ungehorsam einer Parthey ein? Was ist die Folge dieses Ungehorsams?

Bey der Frage, wenn ehe der Ungehorsam eintrete? kommt es zuvörderst auf die Zeit, oder den Termin an, welcher dem Ungehorsamen zur Besorgung der ihm auferlegten, aber von ihm unterlassenen gerichtlichen Handlung gesetzt war. Diese Zeit kann entweder ein bestimmter Tag seyn, an welchem, und sonst an keinem andern, der Auflage ein Genüge geleistet werden sollte, welches man eine Tagefarth, oder Termin im eigentlichen Verstande nennt, oder ein bestimmter Zeitraum, binnen welchen die auferlegte gerichtliche Handlung zu bewirken gewesen, welches man eine Frist oder Dilation in strenger Bedeutung nennt. Im erstern Falle tritt der Ungehorsam ein, sobald diejenige Zeit verstrichen ist, welche zu der Sitzung des Gerichts bestimmt ist [46]). Im andern Falle hingegen tritt der Ungehorsam alsdann erst ein, wenn die bestimmte Frist gänzlich verlaufen ist, ohne daß die auferlegte rechtliche Nothdurft verhandelt, noch um Verlängerung der Frist nachgesuchet worden. In Ansehung der Folgen dieses Ungehorsams aber ist ein Unterschied zu machen, ob die abgelaufene Frist eine Nothfrist gewesen oder nicht. Im erstern Falle ist mit deren Verabsäumung auch das Recht, die unterlassene gerichtliche Handlung weiter vorzunehmen dergestalt verlohren, daß es dieserwegen nicht einmahl einer Ungehorsamsbeschuldigung bedarf. Man denke z. B. an die Verabsäumung der Beweisfrist, ferner

46) Cap. 24. X. *de offic. et potest. iud. deleg.* Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 127.

ner der zur Rechtfertigung der Appellation vorgeschriebenen Frist. Solche Nothfristen werden Fatalien genennt, von welchen ich im folgenden Titel ad §. 265. handeln werde. Im andern Falle hingegen muß der Ungehorsam von dem Gegentheil angeklagt werden, wenn die gedrohete Strafe desselben statt finden soll.

§. 255.

Strafen des Ungehorsams.

Da der Ungehorsam der Partheyen allerdings eine unerlaubte Handlung ist, er habe in einem bösen Vorsatz oder auch nur in einer Nachläßigkeit seinen Grund, so giebt es Strafen des Ungehorsams. Diese theilt nun unser Verfasser in die allgemeinen und besonderen ein. Allein da dieses nur eine Unterabtheilung der Privatstrafen des Ungehorsams ist, so ist zuvörderst die Eintheilung derselben in die öffentlichen und Privatstrafen zu bemerken [47]). Eine öffentliche Strafe des Ungehorsams wird diejenige genennt, welche der Richter von Amtswegen gegen den Ungehorsamen verhängen kann, um sein Ansehen aufrecht zu erhalten. Dahin gehört Geld, oder Gefängnisstrafe. Sie findet in bürgerlichen Sachen anders nicht als aus besondern Ursachen statt, dergleichen sind, wenn der Ungehorsam ein vorsetzlicher ist, und von offenbarer Bosheit zeuget [48]), oder die Privatstrafe des Ungehorsams nicht

47) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. Lib. IV. §. 743. et 744.

48) *Cap.* 28. *pr. X. de offic. et potest. iud. deleg.* Claproth in der angef. Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 128. S. 95.

nicht wohl anwendbar ist [49]), oder die Gesetze sonst eine solche Strafe ausdrücklich verordnen [50]). Eine Privatstrafe des Ungehorsams wird hingegen diejenige genannt, welche der Gegentheil, um seines eigenen Interesse willen, gegen den Ungehorsamen gerichtlich zu verfolgen berechtiget ist. Diese ist nun entweder die allgemeine, welche blos in dem Ersatz der dem Gegentheil durch das Aussenbleiben verursachten Kosten bestehet [51]) oder die besondere Strafe, welche ein Präjudiz in Ansehung der auferlegten, aber unterlassenen Handlung selbst mit sich führt, so daß diese, je nachdem es dem Ungehorsamen nachtheilig ist, entweder für geschehen, oder für verweigert, oder für desert gehalten wird [52]). Ich bemerke hierbey noch folgendes: 1) die Strafen des Ungehorsams sind, wie alle Strafgesetze, strenge nach den Worten zu nehmen, und dürfen daher nie gegen die Vorschrift der Gesetze ausgedehnet werden.

49) Z. B. es soll jemand wegen zugefügter Injurien Abbitte thun, und erscheinet nicht. *Cap.* 4. §. 1. *et cap.* 5. *X. de offic. et potest iud. deleg. Cap.* 5. *X. de dolo et contum.* Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 456. Not. c.

50) Z. B. wenn der Beklagte nur gemeine verzögerliche Einreden vorgeschützt, und daneben die bedingte Einlassung auf die Klage unterlassen, überdem die vorgebrachten Einreden unerheblich befunden werden; Jüngst. Reichsabsch. §. 37. 40.

51) *Cap.* 2. 5. 6. *X. de dolo et contum. Cap.* 1. *eod. in* 6to.

52) *Cap.* 3. 4. *X. de dolo et contum. cap.* 24. *X. de offic. et pot. iud. deleg. cap.* 7. *X. de iureiur. calumn. L.* 73. *princ. D. de iudic.*

den [53]). 2) Sie können nur alsdann erkannt werden, wenn die Partheyen selbst ungehorsam sind. Denn betrift die Sache Minderjährige, und überhaupt solche Personen, die ihre Geschäfte durch andere besorgen lassen müssen; so darf nach gemeinem Rechte in solchen Sachen nichts, so einen Nachtheil in der Hauptsache bewirken könnte, zur Strafe des Ungehorsams erkannt werden, sondern die Vormünder sind in die dem Gegentheil verursachte Kosten zu verurtheilen, und demnächst durch Gefängniß, oder Geldstrafen, die sie aus eigenen Mitteln zu entrichten schuldig sind, zu der Befolgung der richterlichen Befehle anzuhalten [54]). 3) Auch der Ungehorsam eines Anwalds, der ohne Wissen und Willen des Principals begangen worden, kann dem Principal den Rechten nach nicht sogleich zur Strafe zugerechnet werden [55]), besonders wenn die Strafe des Ungehorsams den Verlust der ganzen Sache nach sich zieht [56]). Es kann wenigstens

53) *L.* 1. *L.* 4. *Cod. comminat. epistol. etc. auctoritat. rei iudic. non obtinere.* Claproth in der angef. Einleitung 2. Th. §. 128. S. 95.

54) *L. un. §. 2. D. Si quis ius dic. non obtemper. L.* 13. *§.* 11. *Cod. de iudic. L.* 16. *§.* 1. *et* 2. *Cod. de fide instrum.* Deputat. Absch. vom J. 1600. §. 95. Claproth a. a. O. S. 95.

55) *Ita demum nocet contumacia procuratoris domino, si ipsemet scivit et neglexit*, sagt MEVIUS P. V. Decis. 179. not. 9.

56) *Leniter enim et caute procedendum est in causa contumaciae.* CARPZOV Lib. III. Resp. XXVIII. n. 3. Ist blos vom Ersatz der Kosten die Rede, so entschuldiget des Anwalds Nachläßigkeit den Principal nicht. MEVIUS P. V. Decis. 214. Hat jedoch der Anwald die durch seinen Ungehorsam verursachte Kosten einmal bezahlt, so ist der Principal ihm solche zu er-

stens dem Principal, wenn er ja nach der Strenge des Rechts einen Verlust erlitten hätte, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex clausula Praetoris generali mit Grunde nicht versagt werden [57]).

4) Die allgemeine Strafe des Ungehorsams findet wegen eines jeden Ungehorsams statt, es mag nun von einem wahren, oder vermutheten, von einem vorsetzlichen oder verschuldeten Ungehorsam die Rede seyn, der Ungehorsam mag gegen eine dilatorische oder peremtorische Ladung (§. 235.) begangen worden seyn, wenn der Ungehorsame nicht von allem bösen Vorsatz und von aller Schuld vollkommen sich reinigen kann. Die besondere Strafe des Ungehorsams hingegen setzt jederzeit eine nicht befolgte peremtorische Ladung voraus [58]).

5) Ob der Erbe die aus seines Erblassers Ungehorsam herrührende Kosten beym Processe zu bezahlen schuldig sey? ist eine Frage, die nicht auf einerley Art von den Rechtslehrern entschieden wird. Ein Theil spricht den Erben davon frey [59]), weil die Erstattung der Unkosten eine Strafe ist. Die Strafe aber ordentlicher Weise die Erben nicht treffen kann [60]). Dagegen wenden Andere ein, daß auch die Unkosten des Processes, welche der verlieren-

statten nicht verbünden. *L.* 46. §. 5. *D. de procurator.* Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 854. n. I.

57) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXI. n. 9. sqq.

58) *Cap.* 6. *X. de dolo et contum. cap.* 1. *eod. tit. in* 6to.

59) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses I. Th. Tit. 103. §. 854. Not. II.

60) §. 1. *I. de perpet. et temporal. action. L. un.* §. *fin. D. Si quis ius dic.*

lierende Theil tragen muß, unter die Strafen des verwegenen Litigirens gerechnet werden[61]). Soll nun von diesen der Erbe nicht befreyet seyn: warum von den Ungehorsamskosten? Noch andere Rechtsgelehrten unterscheiden, ob über den Ersatz der Contumacialkosten schon bey Lebzeiten des Ungehorsamen erkannt worden, oder nicht, sondern der Erblasser vor eröfneter Sentenz gestorben ist. Im erstern Fall sey der Erbe diese Kosten zu bezahlen verbunden, im letztern aber nicht[62]). Mich dünkt, es ließen sich diese verschiedenen Meinungen auf folgende Art wohl vereinigen, wenn man zwischen den Ungehorsamskosten eines versäumten Termins, und den Ungehorsamskosten des Processes, welche der Ungehorsame, wenn er auch den Proceß gewinnt, zur Strafe tragen muß, einen Unterschied macht. Erstere ist der Erbe ohne allem Zweifel zu bezahlen schuldig, weil diese Unkosten keine eigentliche Strafe, sondern mehr eine Ersetzung des Schadens und der vergeblichen Mühe sind, welche der verstorbene Ungehorsame verursachet hat. Daß aber der Erbe nach den Grundsätzen des canonischen Rechts verbunden sey, den von seinem Erblasser durch unerlaubte Handlungen verursachten Schaden aus der Erbschaft zu ersetzen, ist eine bekannte Rechtswahrheit[63]). Soviel hingegen die Ungehorsamskosten des Processes anbetrift,

61) §. 2. *I. de poen. temere litigant.* *L.* 13. *et* 16. *Cod. de iudic.* *Cap.* 4. *X. de poenis.*

62) *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XXII. §. 3. Not. 4.

63) *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. XVII. §. 137. *Tob. Inc.* REINHARTH select. Observat. ad CHRISTINAEI Decision. Vol. III. Obs. 11.

so sind solche nicht sowohl eine Ersetzung des Schadens, als vielmehr eine wahre Strafe. Da nun der Erbe Geldstrafen, welche der Erblasser seines Verbrechens wegen verwirkt hatte, in der Regel zu bezahlen nicht verbunden ist, wenn nicht etwa der Erblasser schon bey seinem Leben dazu verurtheilet worden[64]), so kommt es hier, wo von den Ungehorsamskosten des Processes die Rede ist, lediglich darauf an, ob der Ungehorsame noch vor eröfneten richterlichen Urtheil gestorben, oder derselbe schon bey seinem Leben zum Ersatz dieser Kosten condemnirt worden, im erstern Falle kann der Erbe zu deren Bezahlung nicht angehalten werden; im letztern aber ist der Erbe solche, so weit die Verlassenschaft hierzu hinreicht, zu bezahlen allerdings verbunden[65]). Endlich 5) wer einer bloß erinnerungsweise an ihn erlassenen Ladung keine Folge leistet, kann nicht als ein Ungehorsamer angesehen

64) *de* WERNHER Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 15.

65) Der ehemalige Erlangische Rechtslehrer und jetzige Reichshofrath von Braun hat hiervon eine eigene Abhandlung unter dem Titel: Ob der Erbe wegen des Erblassers Ungehorsam die Kosten bezahlen müsse? geschrieben, welche sich in den Erlangischen Gelehrten Anzeigen vom Jahr 1750. Nr. XXXXVIII. befindet. Ich habe ihm jedoch darin nicht beypflichten können, wenn er behauptet, daß es zur Verurtheilung des Erben in die Ungehorsamskosten des Processes genug sey, wenn nur mit dem verstorbenen Erblasser lis contestirt, obgleich noch nicht in der Sache erkannt worden. Denn da hier von keiner Pönalklage, sondern von einer blosen Strafe des Ungehorsams beym Proceß die Rede ist, welche auf vorgängige Beschuldigung des Gegentheils vom Richter erkannt wird, so läßt sich hier keine weitere Litiscontestation gedenken, und folglich sind auch die Grundsätze, die von der Transmission der Pönalklagen auf die Erben gelten, hier nicht anwendbar.

gesehen und bestraft werden, weil eine bloß monitorische Ladung die Nothwendigkeit zu erscheinen nicht mit sich führt. (§. 235.)

§. 256.

Strafe des Ungehorsams I) des Klägers vor der Litiscontestation.

Wenn nun gefragt wird, worin die Strafe des Ungehorsams in jedem einzelnen Falle bestehe? so ist ein Unterschied zu machen, ob der Ungehorsam vor oder nach der Litiscontestation begangen worden ist. In ersterem Falle kommt es wieder darauf an, ob der Kläger oder ob der Beklagte ungehorsam ist[66]). Ist das erstere, so kann der Beklagte auf geschehene Ungehorsamsbeschuldigung, um eine Entbindung von der Instanz oder Ladung, und den Ersatz der verursachten Kosten bitten[67]). Was diese Entbindung für Folgen habe, ist schon oben (§. 237.) gezeigt worden. Da hierdurch nur der angefangene Proceß, und was bisher gerichtlich verhandelt worden, denn das heißt hier Instanz[68]), aufgehoben

66) S. Roßmanns Abhandl. von dem Ungehorsam der Klagenden, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen vom Jahr 1750. Nr. XXVII.

67) *L. 73. §. 2. D. de iudic. L. 27. §. 2. D. de liberali caus. cap. 1. de dolo et contumacia in 6to.* Man vergleiche *Christ. Ferd.* HARPPRECHTI Commentat. de absolutione ab instantia in civilibus et criminalibus ex originibus deducta et praxi accommodata. *Tubingae* 1747. 4.

68) HARPPRECHT cit. Commentat. §. 3. sagt: INSTANTIAM *esse litis motae exercitium*, die Betreibung eines angefangenen Rechtsstreites bey einem Gericht. Jedoch werde dieses Wort auch

wird, so gehet durch eine solche Entbindung die Klage an sich nicht gleich verlohren. Allein beharret der Kläger in seinem Ungehorsam, so stehet dem Beklagten, dem an der Fortsetzung und Entscheidung der Sache gelegen, ein dreyfacher Weg offen; entweder er kann litem contestiren, und bitten, ihn zum Beweis seiner Einrede zu zulassen, und demnächst in der Hauptsache zu erkennen, in welchem Falle der Beklagte, wenn er auch den Proceß verlieren sollte, dennoch dem Kläger die Proceßkosten nicht erstatten darf [69]), oder er kann bitten, daß dem Kläger eine Frist zur Fortsetzung seiner Klage, bey Strafe des Verlusts derselben, anberaumt, oder demselben eine peremtorische Frist zur Führung des Beweises seiner Klage gesetzt werden möge [70]). Nach dem römischen Recht konnte zwar der Beklagte erst nach Ablauf eines Jahres um dergleichen Verfügung bitten, nachdem der Kläger einer an ihn ergangenen, dreymahligen Ladung keine Folge geleistet [71]). Allein diese Vorschrift wird heutiges Tages in den Gerichten nicht mehr befolgt, wie auch unser Verfasser richtig bemerkt hat [72]).

§. 257.

auch pro *foro*, seu *loco*, *ubi lis intenditur*, genommen. Daher die Redensart nicht unbekannt ist: Entbindung vom Gerichtsstande.

69) Roßmann in der angef. Abhandlung §. 5.

70) Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. XI. Hauptst. §. 298. Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß. 1. Buch Hauptst. 3. §. 3.

71) *Nov. CXII. cap.* 3.

72) SCHAUMBURG in Comp. iuris Digestor. h. t. §. 10. Knorre in der angef. Anleit. Hauptst. 3. §. 3.

§. 257.

II) Strafe des Ungehorſams des Beklagten vor der Litis-contestation.

Iſt hingegen der Beklagte vor der Litiscontestation ungehorſam, ſo wird deshalb heutiges Tages keine Immißion in die Güter des Ungehorſamen weiter erkannt [73]). Denn dieſe iſt, als Strafe des Ungehorſams, in den teutſchen Reichsgeſetzen [74]) aufgehoben [75]). Nach dem heutigen Rechte wird vielmehr der Beklagte, wenn er einer dilatoriſchen Ladung (§. 235.) keine Folge geleiſtet, bloß mit Erſtattung der Koſten des verſäumten Ter-

73) Von der bey den Römern wegen des Ungehorſams des Beklagten üblich geweſenen Immiſſion aus dem erſtern und andern Erkenntniß und den Wirkungen derſelben ſiehe Weſtphals Verſuch einer ſyſtemat. Erläuterung der röm. Geſetze vom Pfandrecht §. 47.

74) In der Reichskammergerichtsordn. Th. III. Tit. 43. und dem R. Deput. Abſchiede vom Jahr 1600. §. 95. war zwar die Einweiſung in die Güter, als eine Strafe des Ungehorſams, gebilliget; allein durch den Jüngſt. Reichsabſch. von 1654. §. 36. iſt ſie abgeſchafft worden.

75) WERNHER in Obſervat. for. T. I. P. II. Obſ. 439. behauptet zwar, daß bey den Reichsſtändiſchen Gerichten gegen den ungehorſamen Beklagten auch noch heutiges Tages mit der Immiſſion ex primo et ſecundo decreto verfahren werden könne. Allein dieſer Meinung ſtehet der angeführte Reichsabſchied offenbar entgegen, wie auch ſchon Eſtor in den Anfangsgr. des gemeinen und R. Proceſſes Tit. 245. §. 2059. Not. III. erinnert hat. In einigen Provinzen, z. B. im Mecklenburgiſchen, hat ſich jedoch die Immiſſion im Gebrauch erhalten. S. *Mich. Chriſtoph.* SCHOMERI Diſſ. de vero iure et effectu immiſſionis ex ſecundo decreto, addictionis in ſolutum et adiudicationis Mecklenburgicae. *Lugd. Batavor.*

Termins bestraft; war hingegen die an ihn ergangene Ladung peremtorisch, so kann der Kläger bitten, daß der Beklagte mit der besondern Strafe des Ungehorsams, welche demselben nach der Beschaffenheit des Processes und der angestellten Klage war gedrohet worden, belegt werde. Um diese näher zu bestimmen, ist ein Unterschied zu machen, ob wider den Ungehorsamen executivisch oder im ordentlichen Proceß geklagt worden. Im erstern Falle bestehet die Strafe des Ungehorsams darin, daß die beygebrachte Urkunde für richtig anerkannt, die Schuld also für eingeräumt angenommen wird, mithin Implorat zur Bezahlung derselben verurtheilt werden kann [76]). Im letztern Fall hingegen soll nach der Vorschrift der teutschen Reichsgesetze, auf Ansuchen des Klägers, der Krieg Rechtens in contumatiam für befestiget angenommen, und er darauf zu fernerer Handlung gelassen werden. Es kann demnach der Kläger das Gesuch in seiner Ungehorsamsbeschuldigung nach gemeinem teutschen Rechte dahin richten, daß die Klage für abgeläugnet angesehen, und auf Beweiß erkannt werden möge [77]).

Die

76) Claproths Einleitung in die sämtl. summarischen Processe §. 170. Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 36. Nr. VIII.

77) K. Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 43. §. 4. Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 52. §. 3. Jüngst. Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 36. Daß eben dieses auch dem Röm. Rechte gemäß sey, läßt sich wohl nicht behaupten. Unser Verfasser beruft sich zwar Not. c. auf die *L.* 13. §. 3. C. *de iudiciis.* Allein in dieser Gesetzstelle ist offenbar von dem Falle die Rede, si reus eremodicium contraxerit, d. i. wenn der Beklagte nach der Litiscontestation ungehorsamlich ausgeblieben. Denn *eremodicium* con-

Die Folge in beyden Fällen ist, daß der Beklagte seine Einreden verliert, und zwar nicht nur die verzögerlichen sondern auch die zerstörlichen, weil erstere bei Verlust derselben sogleich in dem ersten Termine, folglich noch vor der Einlassung vorgebracht, letztere aber derselben ebenfalls bey Strafe des Verlustes beygefügt werden müssen [78]). Da jedoch eine solche rechtlich fingirte Ein-

 lassung

contrahere heißt, wie *Franc.* BALDUINUS in Iustiniano Lib. II. ad h. L. 13. pag. 124. edit. *Gundlingian.* es ganz richtig erklärt, cum post obitum vadimonium, iudicium iam coeptum, hoc est, post litem contestatam, deferebatur. *L.* 31. §. 2. *D. de negot. gest. L.* 7. §. *ult. D. de minor. L.* 11. *et* 13. *D. iudicat. solvi.* Es stritte überdem ganz gegen die Natur der römischen Litiscontestation, solche für geschehen anzunehmen, und nun in der Hauptsache selbst zu verfahren, da dieselbe ehemals bey den Römern eine feyerliche Handlung war, welche mit gewissen Formeln und Anrufung der Zeugen geschehen mußte; WINCKLER Diss. de discrim. inter L. C. iure veteri ac hod. Sect. I. §. 7. und so lange lis noch nicht contestirt worden, die Sache noch nicht einmal ein eigentlicher Proceß genennet werden konnte. Vor der constitutio iudicii aber, welche erst durch die Litis contestatio geschahe, *L.* 1. *C. de iudic. L. un. C. de lite contest.* war ein Richter nach der römischen Proceßordnung in der Hauptsache zu erkennen, nie im Stande, wie Justinian in der *Nov. LIII. cap.* 4. §. 1. selbst gesteht. Man vergleiche hier SIEBERI angef. Comment. de contumaciae ante lit. contest. in caus. civilib. a reo commissae effectibus §. 6.

78) Jüngst. Reichsabsch. §. 37. SIEBER in der angef. Commentat. §. 18—22. ist zwar anderer Meinung, weil der angezogene §. des Jüngst. Reichsabsch. von einer wirklichen und ausdrücklichen Litiscontestation rede, von welcher sich kein Schluß auf eine erdichtete machen lasse, in dem vorhergehenden §. 36. aber von keinem Verluste der Einreden die Rede sey. Allein ahmt nicht jede Fiction die Wahrheit nach? Verfolgt

lassung nicht mehr Wirkung, als eine wirklich geschehene haben kann, auch das richterliche Erfüllungsamt, in so fern nämlich die Ergänzung dessen, warum die Partheyen entweder gar nicht, oder nicht besonders, gebeten haben, nicht bloß Befugniß, sondern Schuldigkeit des Richters ist, selbst durch den Ungehorsam der Partheyen nicht ausgeschlossen wird; so folgt hieraus, daß solche Einreden, welche entweder überhaupt noch nach der Einlassung auf die Klage zugelassen werden, oder welche der Richter von Amtswegen zu ergänzen verbunden ist, sie mögen verzögerliche oder zerstörliche seyn, dadurch, daß lis pro contestata erklärt, oder, wie es in der Kammergerichtsordnung heißt, der Krieg Rechtens für befestiget angenommen wird, keinesweges verlohren gehen [79]). Es bleiben daher dem Beklagten 1) diejenigen Einreden, welche erst nach der Litiscontestation erwachsen, 2) welche zu den privilegirten gehören, und insofern sie liquid sind, auch noch in der Execution vorgeschützt werden können, z. E. die Einrede der Compensation; 3) welche das Wesen des Processes betreffen, und deren Uebergehung Nichtigkeit verursachen würde, z. B. Mangel der Legitimation zur Sache oder zum Processe; 4) diejenigen peremtorischen Einreden, die an sich in klarer Rechtsanordnung beruhen, und zugleich in Absicht

des

folgt sie nicht ihren Gang, wie der Schatten den Körper? warum sollte also der Schluß von der wahren Litiscontestation nicht auf die erdichtete gelten? Sodann verstehet sich ja der Verlust der Einreden von selbst, wenn lis pro contestata angenommen wird.

79) Vorzüglich ist hier zu empfehlen *Theodor. Io.* QUISTORPII Disquisit. pract. de effectu litis a iudice in contumaciam pro contestata habitae intuitu rei exceptionum. *Rostochii* 1746.

des Vorganges aus den Acten erhellen, d. i. wenn der Richter nach den Rechten und aus den Acten erſiehet, daß die Klage unſtatthaft, oder erloſchen ſey, z. B. die Einrede der Verjährung, oder daß der Klage ein rechtskräftiges Erkenntniß entgegenſtehe; endlich 5) die Einreden des Rechts, inſofern ſie auf gebietenden oder verbietenden Vorſchriften beruhen, als die Einrede des Betrugs; alle dieſe Einreden bleiben dem Beklagten, der für geſchehen angenommenen Litisconteſtation ungeachtet [80]), ohne Zweifel übrig, da ſogar der Richter ſolche, ſofern ſie nicht blos eine Privatbegünſtigung des Beklagten enthalten, und ſelbige ihm, in Abſicht der Thathandlung, als Richter bekannt ſind, folglich aus den Acten ſelbſt erhellen, Amtshalber zu ergänzen ſchuldig iſt [81]). In Anſehung des Beweiſes, auf welchen der Kläger in dem Falle, da lis pro negative conteſtata angenommen wird, zu erkennen bitten kann, kommt es übrigens noch darauf an, ob nach der Beſchaffenheit der Klage dem Kläger der Beweiß obliegt, oder ob er wegen einer für ihn ſtreitenden rechtlichen Vermuthung davon befreyet iſt.

Im

80) Anderer Meinung ſind zwar HOMMEL in Rhapſod. quaeſt. forenſ. Vol. II. Obſ. 277. und *de* BERGER in Elect. proceſſ. execut. §. 33. Allein man ſehe MEVIUS P. III. Deciſ. 351. not. 3. WERNHER T. I. P. IV. Obſ. 169. Chriſt. Wilh. Wehrn im theoret. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen. (Leipzig 1790. 8.) Abſchn. VII. §. 67. Not. 7. S. 120. Danz Grundſätze der ſummariſchen Proceſſe §. 36. Nr. VIII. beſonders aber QUISTORP cit. Diſquiſit. §. XII. ſqq.

81) *Pet.* MÜLLER in not. ad STRUVII Syntagm. iuris civ. T. III. Exerc. XLVI. Th. XII. not. *α*. vorzüglich Wehrn in dem angeführten Grundriß der Lehre von gerichtl. Einwendungen §. 67.

Im erstern Falle kann der Kläger bitten, ihm zum Beweise seiner Klage zuzulassen. Allein dieses Gesuch würde sehr unschicklich in dem andern Falle seyn, da der Kläger den Beweiß zu führen nicht verbunden ist. In diesem Falle muß er also vielmehr bitten, daß dem Beklagten der Beweiß seines vermeintlich habenden Rechts z. E. der sich angemaßten Servitut, bey Strafe des Verlustes, auferlegt werden möge [82]). Tritt der Kläger den Beweiß an, so muß der Richter darauf sehen, wie der Kläger seine Intention begründet und behauptet habe. Denn hat er nichts bewiesen, so muß dennoch für den Beklagten gesprochen werden [83]), weil wegen des blosen Ungehorsams Niemand seiner Sache verlustig erkannt werden kann [84]). Es darf auch dem Beklagten der eigentlich sogenannte Gegenbeweiß, als ein nothwendiges Vertheidigungsmittel, nicht versagt werden [85]). Denn es ist

kein

82) Roßmann in der angef. Abhandl. von dem Ungehorsam der Klagenden §. 13. macht zwischen bejahenden und verneinenden Klagen einen Unterschied, und meint, daß der Kläger in Ansehung der letztern den ungehorsamen Beklagten, bey Verlust seines vermeintlich zu habenden Rechts, citiren lassen müsse. Allein die Benennungen der bejahenden und verneinenden Klagen sind viel zu schwankend. Vermuthlich gab ihm die actio negatoria, welche bekanntermassen in der Verneinung der Dienstbarkeit, und der Behauptung der natürlichen Freyheit eines Grundstücks ihren Grund hat, zu dieser Distinction Veranlassung.

83) MEVIUS T. II. P. VII. Decis. 337.

84) S. *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. selectior. for. ad. MEVII opus Decision. Observ. 24.

85) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 458. Not. a. S. 607.

kein Gesetz vorhanden, welches dem Ungehorsamen dieses Vertheidigungsmittel entzieht, und daraus, daß die Klage für abgeläugnet angenommen wird, läßt sich ein Verlust desselben eben so wenig folgern [86]). Es mag indessen die endliche Entscheidung des Processes für oder wider den Beklagten ausfallen, so muß er, zur Strafe des Ungehorsams, die Kosten des Processes tragen [87]). Noch bemerkt unser Verfasser, daß nach sächsischem Rechte die Klage für eingestanden angenommen, und der ungehorsame Beklagte verurtheilt werde, wenn er sub poena confessi et convicti zur Einlassung war vorgeladen worden. Diese Strafe ist nicht aus römischen oder canonischen Rechten, sondern aus teutschen Gewohnheiten und Gesetzen herzuleiten [88]). Sie ist an mehreren Orten gesetzlich eingeführt [89]), und Leyser [90]) hält sie für das beste und schicklichste Mittel, den Ungehorsam des Beklagten zu bestrafen. Allein da die in den Reichsgesetzen bestimmte Strafe des Ungehorsams der Analogie des gemeinen Rechts weit angemessener ist, indem dem Kläger, der immer weniger Begünstigung verdient, als der Beklagte, nur das auferlegt wird, wozu er ohnedem verbunden ist; und sich schon vor Anstellung der Klage ange-

86) SIEBER cit. Commentat. de contumaciae ante L. C. a reo commissae effectibus. §. 23.

87) Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 52. §. 3.

88) Sachsenspiegel B. III. Art. 5. und 39. B. I. Art. 41. B. II. Art. 2. HEINECCIUS in Elem. iuris germ. T. II. Lib. III. Tit. 3. §. 122. SIEBER cit. Commentat. §. 7.

89) Z. B. in Hamburg, Lübeck, Bremen, Böhmen, Mähren u. s. m. S. SIEBER cit. loc. pag. 17.

90) in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXIII. medit. 7.

angeschickt haben muß [91]), überdem es Pflicht des Richters ist, genau nach den Gesetzen, deren Diener er ist, zu verfahren, so kann ich mich nicht überzeugen, daß ein Richter die Macht haben sollte, statt der in den Reichsgesetzen vorgeschriebenen Strafe des Ungehorsams auf die derselben entgegengesetzte poenam confessi et convicti nach Gefallen zu erkennen, in so fern nicht etwa die Geringfügigkeit der Sache eine Ausnahme erfordert [92]).

§. 258.

Strafen des Ungehorsams der Partheyen nach der Litiscontestation.

Aeußert sich der Ungehorsam der Partheyen erst nach geschehener Einlassung auf die Klage, so läßt entweder ein oder der andere Theil den Rechtsstreit ganz liegen, oder er ist nur in Ansehung einer einzelnen gerichtlichen Handlung ungehorsam. Im erstern Falle ist wieder zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein Unterschied zu machen. Läßt der Kläger nach der Litiscontestation den Proceß liegen, so kommt es darauf an, ob dem Beklagten an der Fortsetzung des Processes gelegen ist, oder nicht. Im letztern Fall kann derselbe um Entbindung von der Instanz und Erstattung der Kosten bitten, es wäre denn, daß der Richter nach der Lage des Processes in der Hauptsache selbst zu erkennen im Stande wäre, in welchem Falle das Gesuch des Beklag-

ten

91) QUISTORP cit. Disquisit. de effectu litis a iudice in contumaciam pro contest. habitae. §. V. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß II. Th. §. 128. S. 94.

92) Noch verdient hier angeführt zu werden *Iust.* CLAPROTH Diss. de poena rei contumacis non respondentis. *Goett.* 1756.

ten um Entbindung von der Instanz nicht statt findet [93]). Im erstern Falle hingegen hat der Beklagte sich entweder verneinend, oder bejahend eingelassen. Ist ersteres, so kann der Beklagte entweder bitten, daß dem Kläger der Beweiß seiner Klage auferlegt werden möge, oder er kann gleich selbst den Beweiß des Gegentheils von der Behauptung des Klägers übernehmen, in welchem Falle er von der Klage entbunden werden muß, wenn er diesen Beweiß zu führen im Stande ist. Hat hingegen der Beklagte sich bejahend eingelassen, so wird er, wenn er seine vorgeschützten peremtorischen Einreden beweiset, losgesprochen, in dem entgegengesetzten Falle aber verurtheilt, jedoch so, daß der ungehorsame Kläger die Kosten tragen muß [94]). Läßt der Beklagte nach der Einlassung den Rechtsstreit liegen, und dem Kläger ist an der Fortsetzung des Processes gelegen, so lassen sich folgende Fälle gedenken. Der Beklagte hat sich entweder verneinend oder bejahend eingelassen. Im erstern Falle

93) *L.* 13. §. 2. *Cod. de iudiciis.* — Et siquidem nihil sufficiens actitatum est, ex quo possit termino causae certa fieri coniectura: volumus non solum partem fugientem *ab observatione iudicii relaxare*, sed etiam in omnes expensas, quae consueto modo circa lites expenduntur, actorem condemnare. Sin autem ex gestis apud se habitis, parte actoris minime inventa, possit invenire iudex viam, qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, *etiam absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit, pro eo ferre sententiam non moretur.* S. HARPPRECHT in Commentat. de absolutione ab instantia §. 12. pag. 107. sq.

94) *L.* 13. §. 2. *Cod. de iudic.* Verb. et praesentem reum absenti actori condemnare, *expensis tantummodo litis, quas reus legitime se expendisse iuraverit, condemnatione excipiendis,* quia hanc poenam *actori*, et meliorem causam habenti, *propter solam contumaciam* imponimus.

Falle erfolgt, wenn der Kläger den Grund seiner Klage gehörig beweiset, ein verdammendes, in dem entgegengesetzten Falle aber ein lossprechendes Erkenntniß, jedoch werden in jedem Falle dem ungehorsamen Beklagten die Kosten des Processes zu Theil. Im andern Falle, da sich der Beklagte bejahend eingelassen, aber peremtorische Einreden vorgeschützt, kann entweder der Kläger dieselben sofort durch Gegenbeweiß entkräften, oder nicht. In jenem Falle wird der Beklagte condemnirt; in diesem aber kann der Kläger bitten, daß dem Beklagten der Beweiß seiner Einreden auferlegt werde, mit der Verwarnung, daß bey desselben Unterlassung in der Hauptsache für den Kläger gesprochen werden solle [95]). Ist der Kläger oder der Beklagte nach der Einlassung nur in Ansehung einer einzelnen gerichtlichen Handlung ungehorsam, so findet, wenn die Auflage dilatorisch war, nur die gemeine Strafe des Kostenersatzes statt, ist hingegen einer peremtorischen Ladung keine Folge geleistet worden, so gehet die Strafe auf den angedroheten Nachtheil, den sich der Ungehorsame in Ansehung der Hauptsache nunmehr zugezogen hat, und welcher nach dem Unterschied der Sachen und der Lage des Processes sehr verschieden seyn kann; z. B. daß der Kläger mit seiner Replic, oder der Beklagte mit seiner Duplic präcludirt, und die Sache für beschlossen angenommen, oder der versäumte Beweiß für desert erklärt wird [96]).

§. 259.

95) Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses §. 2060.

96) Man vergleiche hier besonders Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 459—461.

§. 259.

Wie iſt der Ungehorſam anzuklagen?

Inſofern ſich nun der Ungehorſame die Strafe des Ungehorſams nicht von ſelbſt zuziehet, wie dies der Fall bey verſäumten Nothfriſten iſt, z. B. wenn der Appellant in dem Juſtifications-Termine auſſen bleibt [97]), muß, wenn die verwirkte Strafe eintreten ſoll, der begangene Ungehorſam förmlich angeklagt, und darauf vom Richter erkannt werden. Zu dieſer Ungehorſamsbeſchuldigung wird erfordert, 1) daß man ſeiner Seits ſeiner Obliegenheit ein völliges Genüge geleiſtet habe; 2) beſcheinige, ſofern es nöthig iſt, daß dem Ungehorſamen der richterliche Befehl gehörig eingehändiget worden; ſodann 3) zeige, daß die in demſelben beſtimmte Friſt gänzlich verſtrichen ſey, und er dennoch der richterlichen Auflage keine ſchuldige Folge geleiſtet habe; hierauf 4) erkläre, daß man ſich deswegen genöthiget geſehen, des Gegners Ungehorſam anzuklagen, und endlich 5) das Geſuch beyfüge, wie man will, daß der Richter gegen den Ungehorſamen verfahren ſoll [98]). Dieſe Ungehorſamsbeſchuldigung fällt jedoch alsdann weg, wenn etwa die Partheyen unter ſich den Vertrag errichtet hätten, einander Ungehorſams nicht zu beſchuldigen. Denn wenn gleich freylich ein ſolcher Vertrag in den Fällen ohne Wirkung iſt, da es keiner Ungehorſamsbeſchuldigung bedarf, ſondern der

97) *Ge. Frid.* KRAUSE Diſſ. quando accuſatio contumaciae ſit ſuperflua aut fruſtranea. *Vitemb.* 1776.

98) Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 306. ff. und Rettelbladts Anleitung zu der ganzen practiſchen Rechtsgelahrtheit §. 195. ff.

der Richter von Amtswegen verfahren kann; so kann doch demselben wenigstens in solchen Fällen seine Gültigkeit nicht abgesprochen werden, in welchen sonst der nicht angeschuldigte Ungehorsam unschädlich ist [99]). Ob übrigens der Ungehorsam mündlich oder schriftlich accusirt werde, ist, insofern nicht besondere Vorschriften dieserhalb vorhanden sind [100]), willkührlich, im ordentlichen Processe pflegt indessen die Ungehorsamsbeschuldigung gewöhnlich in einem kurzen Aufsatze angebracht zu werden [1]).

§. 260.

Ursachen, welche von der Strafe des Ungehorsams befreyen. Ehehaften. Erläuterung der *L. 2. D. h. t.*

Die Strafe des Ungehorsams kann aus mancherley Ursachen wegfallen. I) Wenn der Ungehorsame noch Folge leistet, ehe die Ungehorsamsbeschuldigung von dem Gegentheil geschehen ist. Dieses wird die Reinigung von dem Ungehorsam (purgatio contumaciae) im eigentlichen Verstande genennt [2]), und findet nur in einem

99) *Ge. Steph.* WIESAND in Opuscul. iurid. Specim. X. Obl. 3. *Pactum de non accusanda contumacia quatenus vires habeat?* pag. 129. sqq.

100) So z. B. muß nach sächsischem Rechte der Ungehorsam mündlich, oder, wie man es nennt, vom Mund aus in die Feder, accusirt werden. S. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 3. WIESAND in cit. Opuscul. Specim. X. Obs. 5. pag. 138.

1) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 128.

2) Nettelbladts Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 151.

nem solchen Falle statt, da ohne vorhergegangene Ungehorsamsbeschuldigung keine Strafe vom Richter erkannt werden kann. II) Wenn der Ungehorsame rechtmäsige Entschuldigungsursachen seines Aussenbleibens, welche man Ehehaften (legitima impedimenta) nennt, für sich anzuführen vermag. Die Bescheinigung solcher rechtmäsiger Entschuldigungen, wodurch man die Strafen des Ungehorsams, der geschehenen Ungehorsamsbeschuldigung ungeachtet, abzuwenden im Stande ist, wird die Reinigung von dem Ungehorsam im weitläuftigen Verstande genennt [3]). III) Wenn der Termin in solche Zeiten fällt, wo Ferien sind, mithin eine Befreyung von gerichtlichen Geschäften statt findet. (§. 228. S. 320. f.) Nur die Nothfristen laufen auch während der Ferien [4]), insofern daher die zu verrichtende Handlung vor dem Feyertage, mit welchem sich die Frist endiget, hätte vorgenommen werden können, hilft der eintretende Feyertag nichts, sondern wird mitgezählt [5]). IV) Wenn in Zeiten um Verlängerung der anberaumten Frist, oder um Verlegung des angesetzten Termins gebeten wird. Endlich V) wenn die Sache ist verglichen worden [6]). Hier ist nur noch von den so genann-

3) *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de purgatione contumaciae in processu. *Halae* 1733.

4) *L.* 1. *Cod. de feriis.*

5) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 314. Not. g.

6) *L.* 2. *pr. D. h. t.* Non exigimus reum iudicio sisti, si negotium, propter quod iudicio sisti promisit, fuerit transactum, sed hoc ita, si non prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Hier muß statt *si non* gelesen werden: si modo, wie schon *Pet.* FABER Semestrium Lib. I. cap. 14. und

ten Ehehaften zu handeln [7]), von Ferien, Fristgesuchen und Vergleichen aber in den folgenden Titeln. Unter Ehehaften verstehet unser Verfasser zufällige unver-

Lib. III. c. 24. bemerkt hat. In den Florentinischen Pandecten findet man das Wörtchen *non* eingeklammert, und die Basiliken haben solches gar nicht. Daher verwirft es auch CUJACIUS in Commentar. ad L. 113. D. de Verbor. Obligat. Mit der Emendation des Cujaz stimmt die Ausgabe des *Rob.* STEPHANI Paris 1527. mit der Leseart des Fabers aber die Ausgabe des *Greg.* HALOANDRI überein. *Corn van* BYNKERSHOECK in Observat. iuris Rom. Lib. III. cap. 5. sucht der Schwierigkeit durch eine Versetzung der Worte abzuhelfen, und lieset: *sed hoc ita, si non prius sisti oporteret, quam id negotium transactum sit* Allein diese Emendation ist exorbitant, wie die meisten dieses Rechtsgelehrten. Doch zur Sache. Gesetzt, der Vergleich wäre erst nach den Ablauf des Termins geschlossen worden, auf welchem der ungehorsame Beklagte erscheinen sollen, konnte dennoch der Kläger auf die versprochene Strafe klagen? Nach dem strengen Recht hatte freylich actio ex stipulatu statt, quia stipulatio semel commissa erat; allein der Beklagte konnte sich mit der exceptione doli schützen. *Quis enim*, sagt das Gesetz, *de poena promissa laborat post negotium transactum? cum etiam transacti negotii exceptionem putaverit quis nocere, quasi etiam de poena transactum sit*: d. i. wie kann weiter die Frage von einer Strafe seyn, wenn der Rechtsstreit einmal durch einen Vergleich ist beygelegt worden? Unstreitig gieng ja die Absicht der Partheyen mit darauf, die verwirkte Strafe zugleich dadurch abzuthun. Replicirt etwa der Kläger, daß der Vergleich ihm nachtheilig sey, und er dadurch keine völlige Vergütung seines Interesse erhalte, so ist es seine Schuld, daß er den Vergleich nicht auf eine vortheilhaftere Art geschlossen hat. S. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L.

7) Ausser der vom Autor angeführten Schrift des Ephraim Gerhards sind noch folgende zu bemerken: *Sam.* STRYK Diss. de impedimentis legalibus. *Frf.* 1684. *Io. Gottf.* KRAUSE Diss.

unvermuthete Begebenheiten, welche dem Vorgeladenen ohne sein Verschulden die Besorgung des ihm aufgelegten gerichtlichen Geschäfts unmöglich gemacht haben [8]). In den Gesetzen dieses Titels werden mehrere solcher rechtmäsiger Entschuldigungsursachen aufgezählt, welche unser Verfasser in der Note d. anführt. Dergleichen sind 1) Verhinderung durch öffentliche und pressante Amtsgeschäfte; 2) Ablegung eines nöthigen Zeugnisses; 3)

Diss. de causis contumaciam excusantibus. *Vitemb.* 1703. und *Io Guil.* HOFFMANN Disp. de legitimis impedimentis ex iure germanico. *Frfti ad Viadr.* 1736.

8) In den römischen Gesetzen finden wir kein Kunstwort. Die Benennung legitima impedimenta ist nicht römisch. Ich will eher glauben, daß man die rechtmäsigen Entschuldigungen des Aussenbleibens *legitimas vadimonii deserendi causas* genennt habe. Allein auch diesen Ausdruck suchen wir vergeblich in den Gesetzen, weil Tribonian überall das Wort *vadimonium* ausgestrichen hat, wo es in den Schriften der alten Rechtsgelehrten vorgekommen, wie schon oben (§. 240. a.) erinnert worden ist. Die teutsche Benennung Ehehaften kommt von dem teutschen Wort Ee, Ehe, Ewe oder Echt her, welches so viel als Gesetz hieß. Daher nannten unsere Vorfahren jeden Uebertreter der Gesetze einen Eebreker. Eben so hieß Ehehafft oder Echthafft so viel als gesetzmäsig oder rechtmäsig, und ehehafte Hinderung eine rechtmäsige Verhinderung. In verschiedenen alten teutschen Gerichtsordnungen findet man auch noch die Ausdrücke ehehafte Ursachen, ehehafte Verhinderungen. S. z. B. Gerichtsordnung der Grafschaft Solms Tit. 13. In den neuern Zeiten fing man an, das Wort Ursache oder Verhinderung wegzulassen, und so stempelte denn der Sprachgebrauch das Wort Ehehaft zum Substantivum. S. DIECMANNI Specim. Glossar. lat. Theotisc. pag. 20. BESOLDI Thesaur. pract. v. Ehehaften. HOFFMANN cit. Diss. §. 6. *Io.* HEUMANN Diss. de iudiciis communitatum, quae vulgo Ehafft-Gerichte dicuntur. *Altorfi* 1745. §. 2. et 3.

Krankheit, Hinderniſſe auf dem Wege durch Witterung und Waſſerfluth; jedoch entſchuldigt nicht jede Krankheit, ſondern ſie muß eine ſolche ſeyn, welche in den Geſetzen morbus ſonticus genennt wird [9], d. i. welche einem zu Geſchäften und Ortsveränderungen unvermögend macht [10], oder, wie es in den teutſchen Geſetzen heißt, wenn einer mit Schwachheit und Krankheit (Siechtum) dermaßen behaftet iſt, daß er weder zu Kirchen noch Straſſen gehen kann [11]. Eine kleine Unpäßlichkeit, bey welcher man ausgehen und ſeinen Geſchäften vorſtehen kann, kann demnach dem Ungehorſamen zu keiner

9) *L. 2. §. 3. D. h. t.* — Lex XII. Tabularum, ſi alteruter ex litigatoribus MORBO SONTICO impediatur, iubet diem iudicii eſſe diffiſum. *L. 60. D. de re iudicata:* MORBUS SONTICUS, etiam invitis litigatoribus ac iudice, diem differt. Woraus zugleich erhellet, daß *dies diffiſus* ſo viel als dilatus heißt. Man vergleiche CUJACIUS in Obſervat. Lib. XII. c. 18. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diſſert. IV. §. 13. ſqq. *Operum Tom. III.* pag. 63. ſqq.

10) Julian in der angef. *L. 60. D. de re iud.* ſagt: SONTICUS autem exiſtimandus eſt, qui cuiusque rei agendae impedimento eſt. Add. *L. 4. §. 5. L. ult. §. 1. D. de aedilit. edict. L. 113. D. de Verb. Signific.* SEXTUS CAECILIUS ſagt beym GELLIUS Noct. Attic. lib. XX. c. 1. *morbus ſonticus* ſey morbus vehementior, vim graviter nocendi habens. Vergleiche *Ge. Caſp.* KIRCHMAIERI Opuſcula de latinitate Digeſtorum et Inſtitution. D. Iuſtiniani Imp. collect. et edita a *Ge. Sam.* MADIHN. *Halae* 1772. 8. Opuſc. IV. §. 3. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenianus Tom. I. pag. 336. WESTENBERG D. Marcus Diſſ. IV. §. 16. et 17.

11) Z. B. im Bayerſchen, Badenſchen und Hochbergiſchen Landrecht. S. HOFFMANN Diſſ. cit. de legitimis impedimentis. §. 10.

ner Entschuldigung gereichen [12]). Eben so wenig entschuldiget ein hohes Alter an sich, insofern dasselbe nicht mit einer solchen Schwäche begleitet wäre, welche das Alter zu einer Krankheit, und den Greiß zur Besorgung seiner Geschäfte ganz unvermögend macht [13]). Dahingegen soll Schwangerschaft und Kindbette bey Frauenspersonen, so wie auch Verrückung des Verstandes rechtlich entschuldigen [14]). Bey Hindernissen durch Witterung, üblen Weg und Ueberschwemmung wollen ebenfalls die Gesetze noch auf die besondern Umstände gesehen wissen, ob etwa dabey eine Schuld des Nichterschienenen sich hervorthut, z. B. daß er sich nicht eher auf den Weg gemacht, oder leicht einen andern Weg hätte nehmen können [15]). 4) Erlittener Arrest, sofern sich solchen der Vorgeladene nicht selbst und in der Absicht zugezogen, um nur den Termin vergeblich zu machen [16]). Wäre er von einem Privatmanne eingesperrt gehalten worden, so soll er sich damit nicht entschuldigen, sondern sich an jenen halten [17]). 5) Familientrauer. 6) Feind-

12) *L.* 60. *D. de re iudic. L.* 4. §. 5. *et* 6. *D. de aedilit. edict.*

13) *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non compareat. *Lipsiae* 1772.

14) *L.* 2. §. 4. *et* 5. *D. h. t.* Auch die teutschen Gesetze entschuldigen die Kindbetterinnen und schwangern Frauen, die der Niederkunft nahe sind. S. HOFFMANN cit. Diss. §. 11.

15) *L.* 2. §. 8. *eod.*

16) *L.* 2. §. 9. *eod.*

17) *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVI. §. 2. Not. 15. behauptet, daß in einem solchen Falle noch heutiges Tages

actione

liche Gefangenschaft. 7) Abwesenheit wegen öffentlicher Angelegenheiten u. d. m. Daß jedoch, außer den in den Gesetzen berührten Fällen, vieles dem richterlichen Ermessen hierbey überlassen bleibe, lehrt die Natur der Sache [18]). In Ansehung der Wirkung solcher Ehehaften ist noch zu bemerken, daß wenn derentwegen alle Strafe des Ungehorsams wegfallen soll, der Ungehorsame durch Bescheinigung derselben sich nicht nur von aller bösen Absicht, sondern auch von aller Schuld zu reinigen im Stande seyn müsse. Denn fällt dem Ungehorsamen der angegebenen Ehehaften wegen zwar kein böser Vorsatz, aber doch einige Schuld zur Last, z. B. er hätte um Verlegung des Termins bitten können; so kann zwar in Absicht auf die nicht verrichtete Handlung selbst keine Präclusion statt finden, allein der Ungehorsame ist wenigstens dem Gegentheil die Kosten des versäum-

actione in factum gegen den Verhindernden auf Schadensersetzung zu klagen, oder, wenn dieser nicht solvent seyn sollte, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen sey. Allein da dieses nur zur Vermehrung der Streitigkeiten Anlaß giebt, so ist nach teutschem Rechte der Verhinderte auch in dem Falle zu entschuldigen, da er von einem Dritten wider seinen Willen durch Gewalt aufgehalten worden ist, und dieser von Amtswegen zu bestrafen, und nach Befinden der Sache zur Schadensersetzung anzuweisen. HOFFMANN cit. Diss. §. 12. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 130. S. 98.

18) *Cap. 1. et 6. X. de dol. et contum. cap. 24. X. de offic. et pot. iud. deleg. L. 1. §. 3. D. quae sentent. sine appellat. rescind.*

säumten Termins zu erstatten schuldig [19]). So lange nun noch keine Präclusion erkannt ist, kann der Ausbleibende noch seinen Fehler damit wieder gut machen, daß er die Ursachen, welche ihn an Erfüllung seiner Obliegenheit gehindert haben, anführt, auch dieselben bescheiniget, und zugleich dasjenige einbringt, was er in dem versäumten Terminen verhandeln sollen [20]). Wäre aber das Präclusionserkenntniß schon eröfnet worden, so muß ein Rechtsmittel eingewendet oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden [21]). Sind die angeführten Entschuldigungsgründe sehr wahrscheinlich, so wird der Vorgeladene zur eidlichen Bestärkung zugelassen. Man kann übrigens auch auf Ehehaften Verzicht thun. Nur muß dieses nicht im Allgemeinen, sondern mit Bestimmung besonderer Fälle geschehen. Es ist dieses nicht nur der Billigkeit gemäß, da allezeit zu vermuthen ist, daß derjenige, welcher nur überhaupt auf das Anführen der Ehehaften Verzicht gethan, nicht an besondere Nothfälle gedacht habe, welche daher allemal

19) *L.* 53. §. 2. *D. de re iudic. cap.* 1. *X. ut lite non conteſt.* *c.* 6. *X. de dolo et contum.* *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 745.

20) Käme der Ungehorsame erst, nachdem schon die Sache für beschlossen angenommen worden, und bäte die Conclusion zu rescindiren, so soll er dennoch die verursachten Kosten erstatten. Concept der Kammergerichtsordn. Th. III. Tit. 55. §. 1.

21) *de* LUDEWIG de purgat. contumaciae Cap. 3. SIEBER de contumaciae ante L. C. in cauſ. civ. a reo commiſſae effectib. §. 31.

zur Entschuldigung gereichen müssen; sondern es stimmt auch hierin das römische [22]) und teutsche Recht überein [23]).

22) ULPIANUS *L. 4. §. 4. D. h. t.* Quaesitum est, an possit conveniri: *ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiiciatur:* et ait ATILICINUS conventionem istam non valere: sed et ego puto, conventionem ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renunciatum est. CUJACIUS Observation. Lib. XIV. cap. 7. hält die Worte: *si specialiter causae exceptionum expressae sunt*, für einen Tribonianismus, allein ohne hinreichenden Grund. S. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestorum h. t. §. 7.

23) Man denke an das bekannte teutsche Sprüchwort: gemeine Verzeihung hat keine Kraft, wovon Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern VI. Abtheil. Nr. XIV. S. 526. nach der neuesten Ausgabe (Leipzig 1792.) nachzusehen sind. Add. STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. 9.

Lib. II. Tit. XII.

De feriis, dilationibus et diverſis temporibus.

§. 261.

Begriff der Ferien und Unterſchied derſelben vom Juſtitium.

Zu den rechtmäſigen Urſachen, welche machen, daß man mit der Strafe des Ungehorſams verſchonet wird, gehören auch die Ferien, wenn der Termin gerade in dieſe Zeiten fallen ſollte. Denn niemand iſt an ſolchen Tagen vor Gericht zu erſcheinen ſchuldig, es müſte denn die Sache ſo beſchaffen ſeyn, daß ſie keinen Aufſchub leidet [24]). Daher wird nun die Lehre von Ferien auch in den Pandecten abgehandelt, die eigentlich ein Gegenſtand des geiſtlichen Rechts iſt. Unter Ferien werden hier diejenigen Tage und Zeiten verſtanden, in welchen die ſonſt in Activität ſeyende Gerichte in der Regel keine gerichtliche Handlungen vornehmen [25]). Die Römer nannten ſie *dies nefaſtos*, nach dem bekannten Vers des Ovids [26]): Ille NEFASTUS erit, per quem tria verba filen-

24) *L.* 1. §. 1. *et* 2. *D. h. t.*

25) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Diſſ. de feriis. *Tub.* 1661. *Chriſtoph.* NELLER collectio methodica SS. Canonum et Legum praecipuarum ad libri II. Decretal. Tit. IX. de feriis. Pars I. et II. *Treviris* 1755. (in *Opuſcul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. II. *Aug Treviror.* 1787. Nr. XVI. et in *Ant.* SCHMIDT *Theſ. iuris eccleſ.* Tom. VI. Nr. XIX.)

26) *Faſtor. I. v.* 47.

silentur [27]). Gerichtstage hingegen wurden *dies fasti* genennt. FASTUS erit, sagt eben derselbe römische Dichter, per quem iure licebit agi. Unsere Gesetze nennen diese letzteren *dies iuridicos* [28]), *dies sessionum* [29]), Rechtstage [30]). In den Ferien werden nun zwar keine Gerichte gehalten, es fehlt indessen doch nicht an Richtern, zu denen man seine Zuflucht nehmen kann, und denen in Nothfällen auch sogar an Gott geheiligten Festtagen die Ausübung der Gerichtsbarkeit erlaubt ist. Hierdurch unterscheiden sich daher Ferien von einem Justitium, oder gänzlichen Gerichtsstillstande, als einer Zeit, da die Gerichte durch öffentliche und gemeine Unglücksfälle, z. B. Krieg oder Pest, dergestalt außer aller Activität gesetzt sind, daß man nicht einmal einen Richter haben kann [31]). Der Unterschied zwischen Ferien und Justitium

27) Diese drey Worte, welche den Umfang der ganzen prätorischen Jurisdiction ausdrückten, waren bekanntermassen *do, dico, addico.* Praetor DABAT, actionem, exceptionem, iudicem. DICEBAT, quoties interdictum proponebat; dicebat ius. ADDICEBAT rem in iure cessam, addicebat bona sub hasta vendita plus licitantibus etc..

28) *L. 7. C. h. t.*

29) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in possess.*

30) S. WALCH in Glossar. german. ad Constitut. crim. Carol. voc. Rechttag pag. 421. Auch das Wort Tag wird in den Urkunden des teutschen Rechts häufig für Gerichtstag oder Termin genommen. S. WALCH in Glossar. cit. voc. Tag pag. 458. sqq.

31) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXIII. med. 10. will zwar behaupten, daß auch bey offenen Gerichten ein Justitium statt finden könne. Allein der Streit über die Landeshoheit setzt die Gerichte des Landes keinesweges ausser Activität. S. MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM T. V. Fasc. I. Obs. 750.

tium zeigt ſich beſonders bey Verjährungen. Denn durch den gänzlichen Gerichtsſtillſtand wird die Verjährung unterbrochen [32]). Ferien hingegen hindern den Lauf derſelben nicht [33]), ſondern ſie werden nur bey Verjährung ſolcher Klagen und Rechtsmittel nicht mitgezählt, welche ein tempus utile (§. 269.) zu ihrer Dauer haben [34]).

§. 262.

Eintheilung der Ferien.

Ferien können einen doppelten Zweck haben. Entweder ſie ſind dazu beſtimmt, daß die Menſchen in der Uebung des gemeinſamen und öffentlichen Gottesdienſtes nicht geſtöhret, oder dazu, daß ſie in Verrichtung gewiſſer zum gemeinen Nutzen, oder zur Ehre gewiſſer Perſonen gereichender weltlicher Geſchäfte nicht gehindert werden ſollen. In jenem Falle heißen ſie göttliche, in dieſem aber menſchliche Ferien. Beyde ſind wieder von mancherley Art. Soviel einmal die menſchlichen Ferien betrift, ſo haben ſolche entweder den gemeinen Nutzen und Bedürfniſſe der Menſchen, oder die Ehre gewiſſer Perſonen zum Zweck. Letztere werden *feriae honorariae* genennt; z. B. Geburtstagsfeyer des Landes-

32) *Cap.* 10. *X. de praeſcript.* Reichsabſch. vom Jahr 1654. §. 172. *I H.* BOEHMER Diſſ. de eo quod iuſtum eſt durante iuſtitio. *Halae* 1705. Cap. II. §. 13—18. RAVE Princip. doctr. de praeſcriptione §. 31.

33) *L.* 26. *§.* 7. *D. Ex quib. cauſ. maior. in integr. reſtituuntur. Mich.* GRASSUS in Diſſ. de regula iuris: agere non valenti non currit praeſcriptio. Tract. gener. Th. 15. et Sect. II. Membr. II. Th. 3.

34) *L.* 1. *D. de div. tempor. praeſcript.*

Landesherrn. Ferien der erstern Art (*feriae necessariae*) hingegen betreffen entweder das Beste des öffentlichen Handels, oder das Beste des Feld- und Weinbaues. Zu jenen der erstern Art gehören die Meßferien, (feriae urbanae) zu denen der letztern Art aber die Erndte- und Weinlese-Ferien (feriae rusticae). In dem römischen Gesetzbuche findet sich eine Verordnung, welche den Anfang und das Ende der Erndte- und Weinlese-Ferien bestimmt [35]). Allein wäre auch diese Constitution ächt, woran doch noch mit Grunde gezweifelt wird [36]), so würde dennoch dieselbe wegen des so sehr verschiedenen Clima nicht überall Anwendung finden können [37]). Es kommt daher vielmehr auf die besondern Gesetze und Gewohnheiten eines jeden Landes an. Doch pflegt man sich in Ermangelung derselben der Erndte-Ferien halber nach dem K. und R. Kammergerichte zu richten, bey welchem selbige den 8. Jul. anfangen, und sich mit dem 14 Au-

gust

35) *L. 2. Cod. de feriis.*

36) Man sehe ALCIATUS Parergor. lib. VI. c. 9. GOTHOFREDUS Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de feriis. Daß diese Constitution ganz aus fremdem Rechte, dem Fränkischen oder Gothischen, entlehnt seyn sollte, ist nicht glaublich; sondern sie hat unstreitig einen römischen Kaiser zum Urheber, zwar nicht den Theodosius, den die Ueberschrift nennt, allein vielleicht den Kaiser Constantin. Doch scheint gerade die Stelle ein Glossem zu seyn, welche die Bestimmung des Anfangs und Endes der Erndte- und Weinlese-Ferien enthält, wie auch *Io. Guil.* HOFFMANN in Obsevat. variis s. Meletematib. ad Pandect. ad lib. II. Dissert. 3. §. 3. dafür hält. Denn die Präsides der Provinzen pflegten diese Ferien selbst nach der Gewohnheit eines jeden Orts zu bestimmen. *L. 4. D. h. t.*

37) NELLER cit. Dissert. Part. I. Sect. I. §. 6. Not. *).

gust endigen [38]). Die Gott geheiligten Feyertage sind entweder ordentliche, welche beständig und alle Jahr eintreten, oder außerordentliche, welche bey außerordentlichen, freudigen oder traurigen, Begebenheiten angeordnet werden. Z. B. Siegesfest, Ferien, Landtrauer, Buß, und Bettags-Ferien. Diese werden auch *feriae repentinae* genennt. Die ordentlichen Gott geheiligten Feyertage (*feriae solemnes*) sind entweder unbewegliche, unveränderliche, (*stativae et immobiles*) die allezeit auf einen gewissen Tag fallen, z. B. Sonntags, und Weynachts-Ferien, oder abwechselnde, bewegliche, veränderliche Ferien, (*feriae conceptivae et mobiles*) welche zwar alle Jahr, aber zu verschiedener Zeit, eintreten, z. E. die Oster- und Pfingstfest-Ferien. Die Gott geheiligten Ferien sind übrigens eine Wirkung öffentlicher kirchlicher Festtage, und sollen eigentlich, vermöge des päbstlichen Rechts [39]), von einer Vesper zur andern gerechnet werden. Allein selbst in katholischen Landen wird diese Verordnung nur noch quoad horas canonicas et divina officia beobachtet, im Uebrigen aber werden die Feyertage ohne Unterschied von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet [40]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche rechnet man

38) Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 33. §. 7. Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 88. BLUM Proceſſ. Cam. Tit. LXII. n. 11. NELLER cit. Diſſ. P. I. Sect. I. §. 6. Not. *). Hofmann in der teutschen Reichspraxis I. Th. §. 288. WERNHER lectiſſ. Comment. ad Pandect. h. t. §. 2.

39) *Cap.* 1. *X. de feriis.*

40) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad cap. 1. X. de feriis. ENGEL Colleg. univ. iur. canon. Lib. II. Tit. IX. n. 14. LINCK Com-

man jedoch die Feiertage vielmehr vom Morgen bis zum Sonnenuntergange, oder bis dahin, da wieder etwas in Gerichten vorgenommen werden kann[41]).

§. 263.

Wem stehet das Recht zu, Gerichtsferien anzuordnen? In wiefern kann denselben entsaget werden?

Das Recht, Gerichtsferien anzuordnen, kommt dem Regenten zu, von dessen Willkühr überhaupt die Bestellung der Gerichte abhängt. Man vermische jedoch damit nicht das Recht, Festtage anzuordnen, welches, so fern von kirchlichen Festtagen die Rede ist, ein Recht der Kirchengewalt ist, in Ansehung weltlicher Feyertage aber der weltlichen Obrigkeit zustehet. Daß jedoch auch der weltliche Regent der Kirche befehlen könne, Festtage, wegen des gemeinen Wohls des Staats, zu feyern, ist ausser Zweifel. Da in den protestantischen Landen die Kirchengewalt dem evangelischen Landesherrn in der Regel zustehet, so beruhet auf desselben Bestimmung alles, was die Feyer der Festtage anbetrifft[42]).

Ob

Commentar. in Decretal. Tit. de feriis §. 1. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta seriem libror. Decretal. lib. II. Tit. 9. §. 6.

41) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 48. a) S. 174. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 286. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris principia ad ordin. Digestor. exposita Dissert. V. §. 4.

42) Man vergleiche hier *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. I. Tit. 4. Hofr. Schnaubert's Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Teutschl. §. 192. ff. und NELLER cit. Diss. P. I. Sect. V.

Ob nun gleich zur Zeit der Ferien in der Regel keine gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden, ſo können doch mancherley Ausnahmen hiervon ſtatt finden. Dahin gehört einmal, wenn die Partheyen, ſo weit es ihnen den Rechten nach frey ſtand, mit Genehmigung des Richters auf die Ferien Verzicht gethan haben [43]). Eine ſolche bloß willkührliche Entſagung iſt in Anſehung göttlicher Ferien ſchlechthin verboten [44]). Es kann daher an kirchlichen Feſttagen, ohne offenbare Nichtigkeiten zu begehen, weder mit Einwilligung des Richters [45]) noch der Partheyen Gericht gehalten werden [46]), weil die Feyer ſolcher Feſttage ſowohl in den gemeinen, geiſt- und weltlichen Rechten, als in den landesherrlichen Sabbaths- und andern Verordnungen vorgeſchrieben und beſtimmt, inſonderheit aber die Uebung der Gerichtsbarkeit an ſolchen Tagen namentlich verboten iſt [47]). Allein auch in Anſehung der menſchlichen Ferien findet eine Entſagung nicht

43) *Io. Gottl.* OLEARIUS de renunciatione feriarum. *Regiomonti* 1713.

44) *L.* 7. *Cod. de feriis. Cap. fin. X. eod.* LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 25. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 608. et 609.

45) Es gilt dieſes von Schiedsrichtern wie von ordentlichen Richtern. *L.* 7. *Cod. de feriis. L.* 1. *D de recept.* Dieſen iſt *L* 36. *D. de recept.* nicht entgegen, welche eigentlich von menſchlichen Ferien zu verſtehen iſt. *de* BERGER Reſolut. legum obſtant. h. t. Qu. 2. *de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 4.

46) *Cap.* 1. *et* 5. *X. de feriis.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. XXXII. medit. 6. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 286.

47) *L.* 2. 3. 7. *et* 11. *pr. Cod. de feriis.*

nicht ohne Unterschied statt, sondern es kommt darauf an, ob sie zur Ehre des Landesherrn angeordnet worden, oder ob sie bloß dem Nutzen und Bedürfnissen der Unterthanen gewidmet sind; wie z. B. Meß- Erndte- und Weinlese-Ferien. Nur auf die letztern können die Partheyen, jedoch anders nicht, als mit Genehmigung des Richters [48]), Verzicht thun [49]); dahingegen in Ansehung der sogenannten feriarum honorariarum eigentlich keine gültige Entsagung statt findet [50]). So wie jedoch in jenem Falle die Entsagung der Ferien sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann, wenn eine Parthey der richterlichen Ladung zu Folge freywillig vor Gericht erscheint, ohne sich der exceptio feriarum zu bedienen;

48) Denn der Richter ist auch in menschlichen Ferien wider seinen Willen Gericht zu halten der Regel nach nicht verbunden. LAUTERBACH Diss. de feriis §. 31. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 5. pag. 120. Diesem ist *L.* 36. *D. de recept.* nicht entgegen, denn wenn Ulpian daselbst sagt: daß ein Schiedsrichter vom Prätor auf Verlangen der Partheyen genöthiget werden könne, auch an Feyertagen ein Urtheil zu sprechen, so ist das von einem solchen Falle zu verstehen, dergleichen Ulpian selbst *L.* 13. §. 3. *D. eodem* anführt: Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogetur; *nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit.* S. VOET in Comment. h. t. §. 6.

49) *L.* 1. §. 1. *L.* 6. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 289. und besonders *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris princip. ad ordinem Digestor. expos. Diss. V. §. 6.

50) Arg. *L.* 38. *D. de pact.* *L.* 26. §. 6. *D. ex quib. caus. maiores.* WESENBECIUS in Commentar. in tert. libr. Cod. Tit. de feriis n. 36. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. cit. loc. RICHTER cit. loc.

dienen [51]); so verbindet dennoch eine solche Verzichtleistung immer nur die Partheyen. Einem Dritten kann sie nicht präjudiciren. Daher z. B. die von einer Parthey ernannte Zeugen, wenn kein Nothfall vorhanden, zur Zeit der Ferien nicht genöthiget werden können, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen [52]).

§. 264.

Welche Sachen können zur Zeit der Ferien und insonderheit an Gott geheiligten Feyertägen vor Gericht gültig vorgenommen werden?

Eine zweyte Ausnahme findet in Ansehung solcher Sachen statt, welche aus einer besondern Begünstigung der Gesetze auch sogar an Gott geheiligten Feyertagen vor Gericht gültig vorgenommen werden können. Zu diesen privilegirten Sachen rechnet man gewöhnlich alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Eben dieses behauptet auch unser Verfasser. Allein daß die Gesetze nur gewisse Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit ihrer frommen Absichten, oder wohlthätigen Wirkungen wegen, nämlich die Manumission, die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, ferner die Schließung eines Vergleichs, auf die bemerkte Art begünstiget haben [53]), ist schon an einem andern Orte dies-

51) *L.* 1. §. 1. *L.* 6. *D. h. t.* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXV. med. 3. scheint zwar anderer Meinung zu seyn, allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Fasc. II. Obs. 139.

52) LAUTERBACH in Colleg. Pand. cit. loc. WESENBECIUS cit. loc. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.

53) *L.* 8. *L. fin.* §. 1. *Cod. h. t.*

ses Commentars ausführlicher gezeigt worden [54]). Der Regel nach dürfen also auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, sie mögen eine Untersuchung erfordern oder nicht, an heiligen Fest- und Feyertägen nicht geschehen, insofern nicht eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist [55]). Eben dieses gilt auch von Criminal-Fiskalischen- und Policeysachen, welche man ebenfalls nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten, der auch unser Verfasser beypflichtet, von der Regel auszunehmen pflegt. Denn die Gesetze, welche die Feyer der gottesdienstlichen Festtage vorschreiben, sagen ganz bestimmt: actus omnes, *seu publici sunt seu privati*, diebus illis conquiescant [56]). Diejenigen Gesetze aber, die man zur Unterstützung der entgegen gesetzten Meinung anzuführen pflegt, reden theils von menschlichen Ferien [57]), theils von solchen Sachen, deren schleunige Besorgung das Wohl des Staats nothwendig macht [58]). Hieraus ergiebt sich endlich eine drit-

te

54) S. 2. Buch. Tit. 1. §. 194. S. 96. ff.

55) Im Nothfall kann daher die Aufnahme eines gerichtlichen Testaments auch an einem Sonntage geschehen, ausserdem aber nicht. COCCEJI Iur. Civ. controv. h. t. Qu. 6.

56) *L.* 2. *Cod. de feriis.*

57) Von menschlichen Ferien, und zwar von feriis rusticis reden offenbar die von unserm Verf. angeführten *L.* 3. *et* 9. *D.* und *L.* 5. *Cod. h. t.* Man vergleiche WESENBECII Commentar. ad tert. libr. Cod. h. t. n. 17. BERGER in Resolution. legum obstant. h. t. Qu. 3. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 5.

58) Hierher gehört die von unserm Verf. angeführte *L.* 10. *Cod. h. t.* wo die Tortur der Strassenräuber und Mörder auch an Festtagen erlaubt wird, ne differatur sceleratorum proditio consiliorum, quae per latronum tormenta quaerenda est. S.

LAU-

te Ausnahme, daß Sachen, die keinen Aufſchub leiden, zu aller Zeit, folglich auch an Gott geheiligten Feyertagen, vorgenommen werden können [59]).

§. 265.

Von Friſten oder Dilationen. Begrif und Eintheilung derſelben.

Die Strafe des Ungehorſams fällt ferner weg, wenn in Zeiten eine neue Friſt geſucht worden. (§. 260. n. IV.) Unter einer Friſt (dilatio) verſtehet man einen Zeitraum, binnen welchen eine gerichtliche Handlung zu bewirken iſt [60]). Man unterſcheidet davon einen Termin oder Tagefarth, wodurch ein beſtimmter Tag, an welchem eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden ſoll, angezeigt wird [61]). Im weitläuftigern Sinne werden jedoch dieſe Benennungen nicht ſelten für gleichbedeutend genommen, und darunter überhaupt die zur Verrichtung einer gerichtlichen Handlung vorgeſchriebene Zeit verſtanden. So z. B. ſagt man eben ſowohl Beweißfriſt als Beweißtermin [62]). Die Verlängerung oder Erſtreckung einer noch nicht abgelaufenen Friſt wird Di-

LAUTERBACH in Diſſ. de feriis §. 16. EMMINGHAUS in notis ad COCCEJI Ius Civ. Controv. h. t. ad Qu. 5. not. y. Tom. I. pag. 204.

59) *Cap. ult. X. de feriis:* verb. niſi neceſſitas urgeat.

60) *Car. Gottl.* KNORRE Diſſ. de recto dilationum uſu. *Halae* 1739. §. 3. Hofmanns teutſche Reichspraxis I. Th. §. 275. Rettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 28.

61) Rettelbladt a. a. O. §. 32.

62) KOCH Diſſ. de initio termini probatorii. *Gieſſae* 1785. §. 2.

lation in der engeren Bedeutung [63]), gewöhnlicher aber die Prorogation einer Frist [64]) genennt. Die Fristen sind nun von mancherley Art, und können sowohl nach dem Unterschiede ihres Zwecks oder Gegenstandes, als nach Verschiedenheit ihres Bestimmungsgrundes, und ihrer Wirkungen eingetheilt werden. Wie verschieden die Fristen in Ansehung ihres Gegenstandes seyn können? ist hier der Ort nicht, auszuführen. Brunnemann [65]) und besonders Herr von Balthasar [66]), geben dem Leser ein vollständiges Verzeichniß davon. In Ansehung ihres Bestimmungsgrundes hingegen werden die Fristen in gesetzliche, richterliche und bedingte oder gewillkührte eingetheilt. 1) Gesetzliche oder Ordnungsfristen werden nicht nur diejenigen genennt, welche durch ausdrückliche Gesetze und Proceßordnungen, sondern welche auch nur durch besondere jedoch unbestrittene Gerichtsgewohnheiten bestimmt sind [67]). Diese sind wieder von zweyerley Art, entweder solche, welche die Gesetze unmittelber den Partheyen selbst vorschreiben, z. B. die zehntäge Appellationsfrist, ferner die funfzehentägige Beweißfrist der vorgeschützten Einrede des Spoliums; oder solche, die nur darum von den Gesetzen bestimmt sind, damit sie dem Richter zur Norm dienen, um den Partheyen eine dergleichen Frist vorzuschreiben. Erstere wer-

63) VOET in Commentar. h. t. §. 10. SCHAUMBURG in compendio iuris Digestor. h. t. §. 6.

64) Nettelbladt a. a. O. §. 28. KOCH cit. loc.

65) in processu civili cap. VI. n. 2. sqq.

66) Tract. iurid. de terminis ac fatalibus iudicialibus eorumque computatione. *Gryphisw. et Lipſ.* 1748.

67) KOCH cit. Diss. §. 3.

werden dilationes legales abſolute tales, letztere aber dilationes legales ſecundum quid tales genennt [68]). Dieſe erfordern jederzeit ein Decret des Richters, welches hingegen die erſtern nicht bedürfen [69]). II) Richterliche Friſten werden diejenigen genennt, deren Beſtimmung in einem jeden einzelnen Falle von der Vorſchrift und Willkühr des Richters abhängt, es ſey nun, daß dieſe richterliche Willkühr entweder ganz uneingeſchränkt, oder dadurch beſchränkt wäre, daß durchs Geſetz mehrere Friſten beſtimmt ſind, aus welchen der Richter in einem jeden vorkommenden Falle eine wählen und vorſchreiben muß [70]). Dieſe werden wieder in peremtoriſche und dilatoriſche eingetheilt, je nachdem ſie entweder im Verſäumungsfalle ein Präjudiz in Anſehung der vor Gericht vorzunehmenden Handlung zur Folge haben, oder nicht [71]). III) Bedingte oder gewillkührte Friſten endlich werden diejenigen genennt, welche durch einen Vertrag und gütliche Uebereinkunft der Partheyen beſtimmt worden. Solche Friſten müſſen jedesmal dem Richter zur Genehmigung, welche jedoch nicht leicht verſagt zu werden pflegt, angezeigt werden [72]). In Anſehung ihrer Wirkungen

68) *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 603. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 738.

69) *Cap.* 15. X. *de ſentent. et re iudic. Cap.* 4. X. *de in integr. reſtitut.*

70) KOCH cit. Diſſ. §. 3.

71) *Cap.* 3. *et* 4. X. *de dolo et contum. Cap.* 24. X. *de offic. et poteſt. iud. deleg.* BOEHMER cit. Princip. iur. canon. §. 739.

72) *L.* 4. *Cod. de dilat.* Concept der K. G. O. Th. III. Tit. X. §. 13. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 102.

sind die Fristen entweder Nothfristen oder nicht. Erstere, welche auch Fatalien genennt werden [73]), sind solche Fristen, deren Verabsäumung den Verlust der Sache nach sich ziehet. Hier ist also blos von den Nothfristen im Proceß die Rede, welche den streitenden Partheyen vorgeschrieben sind, um binnen denselben eine gewisse Handlung, bey Verlust der Sache, in dem Gerichte zu bewirken. Es werden daher die der Dauer der Klagen und Einreden vorgeschriebene Verjährungszeiten hiervon gänzlich ausgeschlossen [74]). Nothfristen können nun entweder in der Vorschrift der Gesetze, oder in der Vorschrift des Richters, oder in dem Vertrage der streitenden Theile ihren Grund haben. Im erstern Falle werden sie gesetzliche Nothfristen, oder Fatalien in der strengern Bedeutung, im andern richterliche, im dritten gewillkührte Nothfristen genen-

73) In der *L.* 2. *Cod. de temporib. et reparationib. appellation.* werden sie Tempora fatalium dierum genennt. Woher die Benennung FATALIA entstanden sey, untersucht mit vieler Gelehrsamkeit *Leop. Nic.* L. B. *ab* ENDE in Commentat. de fatalium rigore iniquo, poenisque contumaciae temperandis. *Halae* 1737. Cap. I. §. 13. sqq.

74) Zu weit dehnt daher unstreitig *Nic. Christph.* L. B. *de* LYNCKER in Commentat. de Fatalibus. *Ienae et Lipsiae* 1742. 4. den Begriff aus, wenn er §. IV. cit. Comment. sagt: FATALIA sunt *certa quaedam temporum momenta, iuris vel hominis dispositione praefixa, intra quae aut quibus aliquid fieri debet, nisi quis iure suo auxilioque legali excidere, aut quandoque etiam poenam luere velit;* und nun FATALIA 1) actionum in iudicium deducendarum, 2) processus, 3) exercendorum adhibendorumve beneficiorum, 4) iurium, und 5) aliorum actuum expediendorum, quibus quisque sibi prospicere, ac ius suum factum tectumque conservare potest, annimmt.

nennet [75]). Die geſetzlichen Nothfriſten ſind wieder von zweyerley Art. Sie rühren entweder unmittelbar von der Vorſchrift der Geſetze her, ohne daß die Mitwirkung des Richters dabey erforderlich iſt, z. B. das fatale interponendae appellationis; oder ſie müſſen zugleich von dem Richter nach Maasgabe der Geſetze den Partheyen vorgeſchrieben werden, z. E. die Beweißfriſt, wenn eine ſolche durch beſondere Landesgeſetze, Proceßordnungen oder Gerichtsgewohnheiten feſtgeſetzt iſt. Erſtere werden abſolute Nothfriſten, letztere hingegen gemiſchte Nothfriſten genennt. Daß außer den Geſetzen auch der Richter den Partheyen Fatalien vorzuſchreiben befugt ſey, hat um ſo weniger einigen Zweifel, je mehr es demſelben am Herzen liegen muß, daß Proceſſe, die ohne ein ſolches Beſchränkungsmittel gar leicht bis ins Unendliche geſpielt werden könnten, ein gewiſſes Ende gewinnen [76]). Es können aber auch die Partheyen ſelbſt durch eine gütliche Uebereinkunft Fatalien eben ſo gut unter ſich feſtſetzen, als ſie ſich in auſſergerichtlichen und nicht ſtreitigen Geſchäften auf den Fall, da ſie ihre Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllen würden, ſich verwillkühren können, daß ſie ſodann gewiſſer Anſprüche oder Befugniſſe verluſtig ſeyn wollen. Man denke hier nur an den commiſſoriſchen Vertrag.

75) Dieſe Eintheilung ſcheint mir richtiger zu ſeyn, als wenn man ſie in *fatalia iuris*, *fatalia hominis* und *fatalia mixta* eintheilt.

76) *L. 13. pr. Cod. de iudiciis.*

§. 266.

In wieferne können Fristen erstrecket oder abgekürzt werden? Wenn eher ist die Prorogation zu suchen? Kann der Richter auf Verabsäumung derselben von Amtswegen erkennen? Wie sind Nothfristen in Zweifel zu erklären?

Da zufällige Hindernisse es den Partheyen nicht selten unmöglich machen, binnen der vorgeschriebenen Frist ihre Rechtsnothdurft zu beobachten, so halten die Gesetze nicht nur das Gesuch um Fristerstreckung an sich für billig [77]), sondern sie verbinden auch sogar den Richter, die gebetene neue Frist zu verstatten [78]). Wenn nun gleich in Ansehung der Fristen selbst, deren Prorogation gesucht wird, kein Unterschied ist, ob sie gesetzliche, richterliche, oder gewillkührte sind, indem auch Ordnungsfristen aus rechtmäsigen Ursachen vom Richter ohne allem Zweifel erstrecket werden können [79]); so ist doch in Ansehung der gesetzlichen Nothfristen der Unterschied zwischen absoluten und gemischten Nothfristen nicht unbemerkt zu lassen, indem erstere die besondere Eigenschaft haben, daß sie weder vom Richter, noch von den Partheyen verlängert werden können [80]). Eben dieser Unterschied findet statt,

77) Humanum est, so rescribiren die DIVI FRATRES beym Callistratus *L.* 36. *pr. D. de iudiciis*, propter fortuitos casus dilationem accipi. Man vergleiche über diese Stelle WESTENBERGII Divum Marcum Dissert. IV.

78) *L.* 1. *C. de dilat.* Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur; spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit.

79) *L.* 2. *L.* 4. *§.* 5. *D. de re iudic.* VOET ad Pandect. h. t. §. 12.

80) K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 29. §. 2. und Concept der K. G. O. Th. II. Tit. 32. §. 1. KNORRE cit. Diss.

ſtatt, wenn die Frage entſtehet, ob eine geſetzlich beſtimmte Friſt vom Richter abgekürzt werden könne? Der Regel nach ſtehet zwar dem Richter eine ſolche Befugniß nicht zu, denn der Richter darf nicht ſtrenger ſeyn als das Geſetz, und kann daher eine Parthey nicht eher ihres Rechts verluſtig erklären, als wenn ſie dieſe Strafe nach den Geſetzen verwirkt hat [81]). Iſt jedoch von abſoluten Nothfriſten die Rede nicht, ſo verſtatten zuweilen die Geſetze dem Richter aus rechtmäſigen Urſachen eine Abkürzung der in denſelben beſtimmten Friſten, wenn ſolche der beſondere Faveur der Sache, oder die Gefahr des Verzugs, oder Verhüthung einer Chikane nothwendig macht [82]).

Wenn nun alſo eine auferlegte gerichtliche Handlung binnen der vorgeſchriebenen Friſt nicht kann verrichtet werden, ſo muß in Zeiten um Verlängerung derſelben, und alſo um eine neue Friſt gebeten werden. Um dieſes

Diſſ. de recto dilationum uſu §. XII. et XX. *ab* ENDE cit. commentat. de fatalium rigore iniquo. Cap. I. §. 19. pag. 47. Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 279. Verſchiedene Rechtsgelehrten ſind zwar anderer Meinung. Sie behaupten, daß die Partheyen ſogar das fatale interponendae appellationis durch eine gütliche Uebereinkunft verlängern könnten. S. *Io. Chriſt. Car.* IAN Diſſ. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendae appellationis. *Gieſſae* 1787. Allein Herr Prof. Klüber in der kleinen juriſtiſchen Bibliothek 5. Bandes 20ſtes Stück. S. 479. f. hat dieſe Meinung gründlich widerlegt.

81) VOET ad Pandect. h. t. §. 13. KNORRE cit. Diſſ. §. 21.

82) *L. 2. D. de re iudic.* Qui pro tribunali cognoſcit, non ſemper tempus iudicati ſervat, ſed *nonnunquam arctat*, nonnunquam prorogat, *pro cauſae qualitate et quantitate, vel perſonarum obſequio vel contumacia.*

dieses richtig zu bestimmen, macht unser Verfasser zwischen Noth- und anderen Fristen einen Unterschied. In Ansehung der erstern muß die Verlängerung, so weit dieselbe den Rechten nach zulässig ist, noch vor dem Ablauf derselben gesuchet werden, weil durch Verabsäumung einer Nothfrist der andere Theil ein Recht erwirbt, auf Präclusion in Ansehung der auferlegten aber unterlassenen Handlung selbst zu dringen. Ist hingegen nicht von Nothfristen die Rede, so kann die neue Frist so lange immer noch gebeten werden, als noch keine Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt ist. Ein unvermuthetes und unabwendliches Hinderniß erstreckt jedoch die Frist ipso iure, und schließt die Beschuldigung des Ungehorsams aus [83]). Noch ist in Ansehung der Nothfristen zu bemerken, daß, wenn sie absolute Fatalien sind, deren Verabsäumung den unmittelbaren Verlust des Rechts zur Folge hat, dieselben keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedürfen, sondern der Richter von Amtswegen auf deren Verabsäumung erkennen müsse [84]). Im Zweifel sind jedoch Fatalien immer eher für berichtigt als für versäumt zu halten. Diese Vermuthung gründet sich auf Billigkeit, welche hier dem strengen Recht vorzuziehen ist. Zu Folge derselben ist daher, wenn die Sache zweifelhaft ist, jederzeit für diejenige Parthey zu sprechen, welche einer Desertion beschuldiget wird [85]).

Bey

83) MEVIUS T. II. P. VIII. Decis. 203. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 6.

84) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 279.

85) L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 422. BOEHMER in Consil. T. II. P. I. Cons. CCCCXXXVII. n. 20.

Bey conventionellen Friſten hängt zwar alles von der Verabredung der ſtreitenden Partheyen ab; jedoch iſt das richterliche Ermeſſen dabey keinesweges auszuſchlieſen. Es können daher ſolche Friſten aus erheblichen Urſachen vom Richter ſowohl eingeſchränkt als erweitert werden [86]).

§. 267.

Stillſchweigende Friſtverlängerung. Berechnung der Friſten. Rechtmäſige Einſchränkung derſelben.

Iſt eine Friſt zu rechter Zeit geſuchet worden, aber keine Reſolution darauf erfolgt, ſo iſt entweder ein ſolcher Fall vorhanden, da die Geſetze keine weitere Friſterſtreckung geſtatten, oder nicht, im erſtern Fall wird ſie für ſtillſchweigend abgeſchlagen, im letztern aber für ſtillſchweigend ertheilt gehalten [87]). Jedoch muß alsdann auch die auferlegte Rechtshandlung binnen den gebetenen Zeitraum ſchlechterdings bey Strafe der Präcluſion eingebracht werden [88]). Die Friſterſtreckung wird übrigens allemal erſt vom Ablauf der vorigen Friſt angerechnet.

n. 20. Hofmanns teutſche Reichspraxis §. 279. Not. c. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. II. Th. XIII. Hauptſt. §. 215. zu Ende.

86) KNORRE cit. Diſſ. §. 25.

87) Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceſſes I. Th. §. 139. u. 144. Hofmanns teutſche Reichspraxis I. Th. §. 281. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 102. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 202.

88) MEVIUS in Deciſion. Tom. II. P. VI. deciſ. 213.

net [89]). Es wird auch bey Berechnung der Fristen der Tag, an welchem das Dilationsdecret insinuirt worden ist, nicht mitgezählet [90]). Da Fristen ihrem eigentlichen Endzwecke nach dazu dienen sollen, damit keine Partheyen in Beobachtung ihrer Rechtsnothdurft übereilt werde, und in dieser Hinsicht allerdings rechtliche Begünstigung verdienen, so darf ein Fristgesuch im Zweifel nicht versaget werden [91]). Indessen dürfen doch auch Fristsuchungen nie zur Verzögerung des Rechtslaufs gemißbraucht werden. Daher ist keine Frist ohne Noth zu verstatten [92]). Wer also durch das Dilationsgesuch von dem Richter eine Verlängerung der Frist zu erhalten für nöthig findet, muß seine darauf gerichtete Bitte dadurch unterstützen, daß er Ehehaften (§. 260.) anführt, welche die Gewährung seines Gesuchs nothwendig machen, oder doch so beschaffen sind, daß die Billigkeit dieselbe erfordert [93]). Gemeiniglich wird jedoch die erste Frist ver-

89) MEVIUS P. VI. Decision. 28. L. B. a WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 310. *Aug. de* BALTHASAR Tract. de terminis ac fatalib. iudicial. eorumque computatione. Cap. IV. §. 5. Claproth a. a. O. Rettelbladt im angef. Buch §. 31.

90) KNORRE cit. Diss. §. 24.

91) Estor in den angef. Anfangsgründen §. 141. und 144. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 740.

92) *L. 7. D. h. t. L. 36. pr. D de iudiciis. L. 1. et 4 Cod. de dilationib. L. 2. Cod. de temp. et reparat. appellat.* Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 103. WESTENBERG in Divo Marco Diss. IV. §. 2. sqq. KNORRE cit. Dissert. §. 14. Estor a. a. O. §. 145.

93) Rettelbladt in der angef. Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrth. §. 201.

verlängerung auf das bloße Geſuch, ohne erforderliche Ausführung und Beſcheinigung beſonderer Hinderniſſe, ertheilet [94]).

§. 268.

Wie oft kann eine neue Friſt geſucht werden?

Noch iſt die Frage zu erörtern, wie viel Friſten einer Parthey auf ihr Geſuch verſtattet werden können? Unſer Verfaſſer behauptet, daß hierbey alles auf richterlicher Willkühr beruhe. Allein wenn dieſes gleich die gemeine Lehre vieler Rechtsgelehrten [95]) iſt, ſo ſtimmen doch die Geſetze damit nicht überein [96]). Denn nach klarer Vorſchrift derſelben ſoll im bürgerlichen Proceſſe über einmal keine Friſt erſtrecket werden [97]). Auch ſelbſt die Beweisfriſt iſt von dieſer Regel nicht ausgenommen. Vielmehr ſagen die Kr. Diocletian und Maximian [98]) ganz ausdrücklich: Quod ita conſtitutum

94) Ganz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 463. n. 7. *Chriſt.* ITZSTEIN Diſſ. de uſu receſſus Imp. noviſſimi de a. 1654. in iudiciis moguntinis. (*Moguntiae* 1787.) Obſ. 2.

95) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 34. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Introduct. in ius Digeſtor. h. t. §. 9. u. a. m.

96) Eben dieſes haben auch ſchon andere Rechtsgelehrten erinnert, und daher jene Meinung verworfen; man vergleiche *Caſp.* ZIEGLER in Dicaſtice. Concl. 28. *Io. Tob.* RICHTER in ſelectior. iuris princip. Diſſ. V. §. 7. *Mich. God.* WERNHER in lectiſſ. commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

97) *L. ult. D. h. t.* Jüngſt. Reichsabſch. §. 103.

98) *L. 1. Cod. de dilationibus.* Daß in dieſem Geſetz nicht von der Beſtimmung der Beweisfriſt ſelbſt, ſondern blos von Erſtreckung

tum iudicantes ſentire debebunt, *ut hac ratione non ſibi conceſſum intelligant dandae dilationis arbitrium*, ſed eandem dilationem, *ſi rerum urgentiſſima ratio flagitaverit, et neceſſitas deſideratae inſtructionis exegerit*, non facile amplius quam ſemel, nec ulla trahendi arte ſciant eſſe tribuendam. Nur bey einem eintretenden neuen ganz unvermutheten Hinderniß ſoll ein wiederholtes Friſtgeſuch ſtatt finden [99]), jedoch auch dieſes anders nicht, als wenn ſolches genugſam beſcheiniget und mittelſt Eides für Gefährde noch beſtärket wird [100]). Zwar behauptet Hellfeld, daß erſt dann, wenn zum drittenmal um Friſtverlängerung gebeten wird, dieſe geſetzmäſige Feyerlichkeit, — ſo nennt man die bey wiederholtem Friſtgeſuch erforderliche Eidesleiſtung für Gefährde, — zu beobachten ſey. Eben dieſes iſt die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [1]). Allein auch dieſe Meinung beruhet auf einem Mißverſtande der Geſetze. Der jüngſte Reichsabſchied [2]) ſagt nur, daß ſchon bey der dritten Dilation diejenige Feyerlichkeiten der Rechte, die bey der vierten bishero gebräuchlich geweſen [3]), in Acht genom-

ſtreckung derſelben die Rede ſey, hat gegen LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 258. med. 2. gründlich erwieſen KNORRE cit. Diſſertat. §. 17.

99) *L. 7. D. h. t.* Oratione quidem D. MARCI amplius quam ſemel non eſſe dandam inſtrumentorum dilationem, expreſſum eſt; ſed utilitatis litigantium gratia, cauſa cognita, et iterum dilatio impertiri ſolet; et maxime *ſi aliquid inopinatum emergat.*

100) Jüngſt. Reichsabſch. vom J. 1654. §. 50.

1) BOEHMER in iure Digeſtor. h. t. §. 9. Danz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 463. S. 614.

2) In dem angef. §. 50.

3) K. R. Kammergerichtsordn. I. Th. Tit. 92. Concept der K. G. O. Th. III. Tit. 21. §. 10.

genommen werden ſollen. Dieſe dritte Dilation iſt aber nicht eine dritte Friſterſtreckung, wie man glaubt. Denn die erſte Dilation iſt hier die der Partheyen vorgeſchriebene Beweisfriſt ſelbſt, von welcher in der bemerkten Stelle des jüngſten Reichsabſchiedes die Rede iſt. Folglich iſt die dritte Dilation erſt die zweyte Friſtverlängerung [4]). Die aus dem römiſchen und canoniſchen Rechte [5]) angeführten Stellen reden gar nicht von der Erſtreckung der Beweisfriſt, ſondern, wie ſchon Stryk [6]) bemerkt hat, von der Production der Zeugen, welche zum viertenmahl nicht anders, als nach geleiſteten Eid für Gefährde, verſtattet werden ſoll. Iſt das angeführte Hinderniß notoriſch, ſo wird der Eid für Gefährde nicht für nöthig gehalten [7]). Man behauptet auch, daß der Richter ſolchen aus hinreichenden Gründen den Partheyen nachzulaſſen berechtiget ſey [8]), welches jedoch andere darum nicht ohne Grund bezweifeln, weil dieſer Eid aus der Vorſchrift der Geſetze herrührt, von welcher der Richter nicht nach Willkühr abgehen darf. Wenigſtens dürfte doch der Eid nicht ohne Einwilligung des

4) Man ſehe hier beſonders WERNHER in lectiſſimis commentat. ad Pand. h. t. §. 9. pag. 223. und *Ge. Lud.* BÖHMER in Princip. iuris canon. §. 740.

5) *Nov. XC. cap. 4. Cap. penult. X. de teſtibus.*

6) in Uſ. mod. Pandectar. h. t. §. 18.

7) BARTH Diſſenſ. in praxi Centur. II. Diſſ. 124. §. 2. Hofmanns T. Reichspraxis I. Th. §. 282. Not. r. *Ge. Lud.* BÖHMER c. l. §. 740.

8) de BERGER in Elect. disceptat. forenſ. Tit. XX. p. 674. *Iuſt. Ilenn.* BÖHMER in Iur. Eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. VIII. §. 3. Danz in den angef. Grundſätzen §. 463. S. 614.

des Gegentheils nachgelassen werden [9]). Sollten ganz unabwendliche, noch immer fortdaurende Hindernisse vorhanden seyn, so ist unter solchen Umständen der Richter eine Ausnahme zu machen wohl befugt [10]), und in dieser Hinsicht läßt sich behaupten, daß bey Fristverlängerungen das richterliche Ermessen nicht ganz auszuschließen sey.

Uebrigens behauptet unser Verf. noch zum Beschluß, daß eine Frist, wenn sie auch durch ein falsches Vorgeben erschlichen worden, dennoch ihre Wirkung nicht verliere. Allein auch dieser Satz läßt sich mit der Rechtsanalogie nicht vereinigen, und wird von den meisten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet [11]).

§. 269. a.

Von den verschiedenen Berechnungsarten der Zeit, und denen daher entstehenden Eintheilungen derselben. I) Berechnung des *temporis continui* und *utilis*.

Nicht nur den gerichtlichen, sondern auch den außergerichtlichen Handlungen der Menschen haben die Gesetze mancherley Zeitfristen an Jahren, Monaten und Tagen vorgeschrieben, von deren Berechnungsart noch kürz-

9) MEVIUS in Decision. T. II. Part. VI. Decis. 54. Estors Anfangsgründe des gemein. und R. Processes §. 147. N. III.

10) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 101. MEVIUS P. II. Decis. 368. et. 369.

11) MEVIUS T. II. P. IX. Decis. 24. *Iust. Henn.* BÖHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXXII. §. 44. Nr. V. pag. 827. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVII. Not. 8. BARTH Dissens. in praxi Centur. II. Diss. 126. Hofmanns T. Reichspraxis §. 282.

kürzlich zu handeln iſt [12]). Eine der gewöhnlichſten Eintheilungen der Zeit, die wir im römiſchen Rechte finden, iſt diejenige, da ſie in ein tempus continuum und utile eingetheilet wird [13]). Unter TEMPUS CONTINUUM wird eine ſolche Zeit verſtanden, die beſtändig und ununterbrochen fortläuft, bey deren Berechnung alle Tage, ſo wie ſie auf einander folgen, gezählet werden, unangeſehen, ob ſie Feyer- oder Gerichtstäge ſind, ob man Gelegenheit, ſein Recht zu verfolgen, gehabt hat, oder nicht. Sogar keine Unwiſſenheit, wenn ſie auch ganz ſchuldlos iſt, ſie betreffe das Recht, oder Thatſachen, kann den Lauf einer ſolchen Zeit hindern [14]). Dasjenige TEMPUS hingegen wird UTILE genennt, bey deſſen Berechnung nur allein diejenigen Tage gezählet werden, wo man ganz ungehindert ſein Recht auszuüben oder gerichtlich zu verfolgen im Stande war. Feyertage, Unwiſſenheit, Abweſenheit, und andere Hinderniſſe unterbrechen daher den Lauf dieſer

12) Man bemerke hier EUSTATHII, Anteceſſ. olim Conſtantinopolitani, de veria temporum in iure civili obſervatione libellus. *Baſiliae* opera *Simon.* SCHARDII 1561. 8. (et in LEUNCLAVII *Iure Graeco Rom.*) *Alb.* GENTILIS Lib. de diverſis temporum appellationibus *Vitemb.* 1546. 8. *Io. Car.* ANTONELLI Tr. de tempore legali. *Romae* 1660. fol. LAUTERBACH Diſſ. de varietate temporum. *Tubing.* 1659.

13) *Marc. Ant.* BARDI Opuſc. de tempore utili et continuo, in *Tractatu Tractatum* T. V. f. 210. ſqq. *Io. Frid.* BILGER Diſſ. de diebus continuis. *Altorfii* 1709. *Chriſt. Aug.* STÖLTZER Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. *Lipſiae* 1791.

14) L. 8. D. *de his qui not. infam.* L. *ult.* C. *dolo*, L. 3. C. *de praeſcript. XXX. vel. XL. annor.* L. 5. C. *ad L. Iul. de adult.*

ser Zeit. Ulpian [15]) bestätiget dieses ganz deutlich, wenn er *lib.* 49. *ad Edictum* sagt: Ita autem UTILE TEMPUS est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet, ut per singulos dies et sciverit et potuerit admittere (*bonorum possessionem*); caeterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Es kommt demnach bey der Berechnung des temporis utilis, wenn insonderheit von Rechtsmitteln und Klagen die Rede ist, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte, *lib.* 47. *ad Edictum* [16]) sehr genau ausführt, auf drey Hauptpuncte an: a) in Ansehung des Klägers, *ut sit facultas agendi.* Hierzu ist aber noch nicht hinreichend, daß der Kläger ungehindert sey, die Klage anzustellen, sondern er muß auch wissen, daß ihm das Recht zu klagen zustehe. Daher sagt Cajus [17]) qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Jedoch entschuldiget bey dieser Zeitberechnung nur eine Unwissenheit in Ansehung der Thatumstände, nicht in Ansehung des Rechts [18]), wenn nicht etwa der Kläger eine solche Person ist, welcher die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, wie z. E. Minderjährige, Weibspersonen, Soldaten [19]). Ist also der Kläger gehindert, seine Klage anzustellen, so läuft ein tempus utile

15) *L.* 2. *pr. D. quis ordo in possessionib. servetur.*

16) *L.* 1. *D. de divers. temporal. praescript.*

17) *L.* 6. *D. de Calumnint.* Add. *L. ult. C. de dolo malo.*

18) *L.* 1. §. 1. *D. de iur. et facti ignor. L.* 10. *D. de bonor. possession.* und *L.* 6. *C. qui admitti ad bonor. possess.* Conf. *Rud* FORNERIUS Lib. II. Rerum quotidianar. c. 14. in OTTONIS *Thes iur. Rom.* T. II. pag. 175.

19) *L.* 9. §. 1. *D. de iur. et facti ign.*

utile nicht, wenn gleich der Beklagte zur Antwort bereit geweſen, auch genug Gerichtstäge gehalten worden [20]). Allein es wird auch b) von Seiten des Beklagten erfordert, *ut experiundi ſecum facſat poteſtatem*, wie Ulpian a. a. O. ſagt. Wenn daher auch der Kläger ungehindert wäre, ſo läuft doch die Zeit nicht, wenn ſich bey dem Beklagten Umſtände finden ſollten, weßhalb man ihn nicht verklagen kann [21]). Endlich, wenn auch beyde Theile ungehindert wären, ſo kommt es c) noch darauf an, *ut magiſtratus quoque vel judex, coram quo cauſa agitur, ſui copiam faciat*, welches Ulpian zur Berechnung des temporis utilis ausdrücklich erfordert [22]). Es kommt alſo hauptſächlich auch darauf an, ob Gerichtstag geweſen. Denn nur dieſe Tage werden gezählt. Ulpian erläutert dieſes an einem andern Orte [23]), durch das Beiſpiel der Appellationsfriſt ſehr genau. Dies autem iſtos, ſagt er, quibus appellandum eſt, ad aliquid *utiles* eſſe, Oratio D. MARCI voluit, ſi forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli den-

20) *L.* 4. *D. de div. temp. praeſcr.* und *L.* 25. *D. de ſtipulat. ſervor.* ſcheinen zwar zu widerſprechen; allein CUJACIUS lib. XVI. Obſervat. cap. 38. hat dieſe Stellen ganz richtig von dem Fall erklärt, wo ſich der Beklagte ſelbſt eine gewiſſe Zeit geſetzt hat, binnen welcher allein er haften will. Siehe auch Weſtphals Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz ꝛc. §. 811. S. 620.

21) Beyſpiele hiervon werden angeführt in der *L.* 1. *§.* 1. *L.* 21—26. *et* 28. §. 4. *D. ex quib. cauſ. maior.*

22) *L.* 1. *D. de div. temp. praeſcr.* Illud utique neminem fugit, experiundi poteſtatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit. *Proinde hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit.*

23) *L.* 1. *§.* 7. 8. *et* 9. *D. quando appelland. ſit.*

tur; ait enim: *Is dies ſervabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — Adeundi autem facultatem ſemper accipimus, ſi in publico ſui copiam fecit: caeterum ſi non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non acceſſerit? magisque eſt, ut non debeat imputari: *quare ſi in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuiſſe adeundi* [24]). Bey den Römern hieng dieſe facultas adeundi noch inſonderheit von der Verſchiedenheit der Geſchäfte ab, denen ſich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entſtand eine ſehr wichtige Eintheilung der Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptſächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Unterſuchung gerichtlicher Privatrechtsſachen beſtimmt, und hießen *dies ſeſſionum* ſeu *cognitionum*. Andere hingegen waren ſolchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Unterſuchung, auf das bloße Anbringen oder Geſuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was ſein Amt erforderte, und wurden daher *dies poſtulationum* genennt [25]). Wenn nun alſo die Eigenſchaft des Geſchäfts, zu deſſen Verrichtung ein tempus utile vorgeſchrieben war, eine gericht-

24) Ueber dieſe Stelle iſt zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Diſſertat. XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

25) Von dem Unterſchied der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. ſqq. *Franc* POLLETUS in Hiſtoria fori Rom. Lib. I. Cap. 8. et 9. et *Phil* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

gerichtliche Unterſuchung nothwendig machte, ſo konnten bey dieſer Zeitbeſtimmung nur die dies ſeſſionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieſes in einem Beiſpiele von der bonorum poſſeſſio ganz einleuchtend: Dies bonorum poſſeſſionis, ſagt er [26]), utiles eſſe palam eſt; ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modo ea ſit bonorum poſſeſſio, quae de plano peti potuit. Quid, ſi ea, quae cauſae cognitionem pro tribunali deſiderat, vel quae decretum expoſcit? Seſſiones erunt nobis computandae, quibus ſedit is: quibusque per ipſum Praetorem factum non eſt, quominus daret bonorum poſſeſſionem. Aus dieſem allen erklärt ſich nun, die in den Edicten des Prätors ſo oft vorkommende Clauſel: *quam primum experiundi poteſtas erit* [27]). Zuweilen iſt die Zeit gemiſcht. Sie kann in der einen Rückſicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile ſeyn [28]). Es giebt einmahl Fälle, wo die Zeit in Abſicht auf ihren Anfang utile, in Rückſicht des Laufes hingegen continuum iſt; das heißt, zuweilen fängt mir eine geſetzliche Friſt nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewiſſen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder ſonſt Gelegenheit geweſen, mein Recht auszuüben; ſie hat aber hernach einen ununterbroche-

26) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in poſſeſſ. ſervetur.*

27) *L. 1. pr. D. quae in fraud. creditor. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. L. 1. §. 1. D. ex quib. cauſ. maiores. L. 1. pr. D. uti poſſidetis.*

28) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 666.

brochenen Fortgang. Ein Beispiel hiervon giebt uns die legale Deliberationszeit von einem Jahre, die dem Erben, ohne daß er darum zu bitten braucht, schon nach den Gesetzen zustehet. Diese Zeit wird erst von dem Tage an gerechnet, da der Erbe erfahren, daß ihm die Erbschaft zugefallen sey. Läuft aber alsdann ununterbrochen fort [29]). Hierher gehört auch die gesetzliche Appellationsfrist, welche nach dem neuern Röm. Rechte zehen Tage beträgt [30]). Diese fängt erst von der Zeit zu laufen an, wo man theils von dem ergangenen richterlichen Erkenntniß hinreichende Wissenschaft erlangt, theils aber auch Gelegenheit gehabt hat, dem Richter die Appellationsschrift zu überreichen [31]). Uebrigens aber werden in dem Laufe derselben alle Tage, auch Feyer- und Festtage, gezählet [32]). Zum andern giebt es Fälle, wo die Zeit im Anfange continuum und im Fortgange utile ist; das heißt: zuweilen wollen die Gesetze, daß der vorgeschriebene Zeitraum mir sogleich laufen solle, sobald ein gewisses Factum sich ereignet hat; wenn ich auch gleich noch keine Wissenschaft von demjenigen

29) *L.* 19. *Cod. de iure deliber.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 548.

30) *Nov. XXIII. cap.* 1. Nach dem ältern römischen Rechte waren in eigenen Sachen nur zwey, in fremden aber drey Tage gesetzt. *L.* 1. §. 5. 11. *et sqq.* *L.* 2. *pr. et* §. 1. *et* 3. *D. quando appelland.* *L.* 3. *D. et L.* 6. *Cod. de appellat.*

31) *L.* 1. §. *ult. D. quando appell. Nov. XXIII. c.* 1. *L.* 1. §. 7. *D. quando appelland.*

32) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinianeo P. X. Cap. I. §. 6. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XLII. §. 6. *Car. Christph.* HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 178.

nigen Thatumſtande erhalten habe, von welchem doch eigentlich die Ausübung meines Rechts abhängt; übrigens aber ſollen in dem Laufe dieſer Zeit nur dies utiles gezählet werden. Zum Beyſpiel können die Aedilizischen Klagen dienen. Der Zeitpunct, von welchem die Dauer dieſer Klagen angerechnet wird, iſt, wenn keine Stipulation der Fehler wegen errichtet worden, die Zeit des Verkaufs, nicht die Zeit, da der Käufer den Fehler erfahren [33]), es wäre denn, daß der Fehler ſo verborgen und verſteckt geweſen, daß auch der aufmerkſamſte Käufer denſelben nicht eher hätte entdecken können [34]). Auſſerdem iſt die Zeit dieſer Klagen ein tempus utile, in deren Laufe nur diejenigen Tage gezählet werden, an welchen Gelegenheit, und kein Hinderniß, geweſen, Klage zu erheben [35]). Hieraus ergiebt ſich nun, daß es eigentlich viererley Arten giebt, das tempus continuum und utile zu berechnen.

I) Kann eine geſetzliche Zeit ſowohl in Rückſicht ihres Laufes als Fortgangs ein tempus continuum ſeyn. Man kann dieſes ein *tempus plene continuum* nennen. Dieſe Berechnungsart findet bey dem Trauerjahre der Wittwen [36]), dem zweyjährigen Zeitraum bey der

33) *L.* 19. §. 6. *L.* 20. *D. de aedilit. edict. L.* 2 *Cod. de aedilit. action.* Weſtphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 479. f.

34) *L.* 55. *D. de aedilit. edict.*

35) *L.* 19. §. *ult. D. L.* 31. §. 22. *D. eod.* Weſtphal a. a. O. §. 478.

36) *L.* 8. *D. de his, qui not. infam.*

Ausflucht des nicht gezahlten Geldes [37], den gerichtlichen Dilationen [38], der acquisitiven Verjährung [39], u. d. gl. statt.

II) Kann eine gesetzliche Frist sowohl in Absicht auf ihren Anfang, als in Absicht auf den Lauf derselben ein tempus utile seyn. Dies kann man ein *tempus plene* oder *perpetuo utile* nennen. Ein vorzügliches Beyspiel davon giebt die Zeit, binnen welcher die Bonorum possessio gebeten werden muß. Diese fängt erst an zu laufen, wenn man nicht nur hinreichende Wissenschaft von dem Tode des Erblassers, und denjenigen Thatumständen erhalten hat, unter welchen einem die bonorum possessio deferirt worden [40], sondern auch sonst

37) *L. 14. pr. C. de non numer. pec. §. un. I. de litter. obligat.*

38) *L. 3. Cod. de dilation. L. 2. Cod. de temp. et repar. appell.*

39) *L. 31. §. 1. D. de usurpat. et usucap. L. ult. Cod. de praescript. longi temp. L. 3. C. de praescr. XXX. vel XC. annor. L. 1. §. ult. C. de ann. except. L. ult. Cod. de fund. patrimon.* Bey der extinctiven Verjährung kommt es auf die Dauer der Klagen und zuständigen Rechtsmittel an, unter denen einige sind, die ein tempus utile zu ihrer Dauer haben, andere, denen ein tempus continuum gesetzt ist. Zu den letztern gehört die bürgerliche Erbschaftsklage. Zu den erstern aber die Klage wider eine Witwe, welche durch fälschlich vorgegebene Schwangerschaft den Besitz der Verlassenschaft ihres Mannes erhalten. *L. un. §. 3. D. si mulier ventris nomine in possess. calumniae causa esse dic.* Ferner das Interdictum unde vi. *L. 1. §. 39. D. de vi et vi armata, L. 2. C. unde vi.* Interdictum uti possidetis. *L. 1. pr. D. uti possid.* u. d. m.

40) *L. 10. D. de bonor. possess. L. 2. pr. et §. ult. D. quis ordo in possession. servet.* Scientiam autem eam observandam

POM-

ſonſt dieſelbe gerichtlich zu agnoſciren durch nichts gehindert iſt [41]); und in dem Laufe derſelben werden nur diejenigen Tage gezählet, da der Prätor vor Gericht diejenige Art der bonorum poſſeſſio zu ertheilen pflegt, von welcher die Frage iſt. So z. B. wurden bey einer ſolchen bonorum poſſeſſio, die ohne vorhergehende Unterſuchung de plano verfügt werden kann, nur die dies poſtulationum, nicht die dies ſeſſionum, und letztere hingegen nur allein bey einer ſolchen bonorum poſſeſſio gezählet, die eine vorhergehende Unterſuchung und obrigkeitliches Decret erfordert [42]).

III) Kann ein geſetzlicher Zeitraum nur in Rückſicht ſeines Anfanges utile, in Rückſicht ſeines Laufes aber continuum ſeyn. Die Geſetze nennen eine ſolche Zeit ein *tempus ad aliquid utile* [43]). Beyſpiele ſind oben angeführt worden. Endlich

IV) Kann eine geſetzliche Zeit nur im Anfange continuum, im Fortgange aber utile ſeyn. Dieſes kann man ein *tempus quoad aliquid* oder *ratione initii continuum* nennen. Auch hiervon iſt ſchon oben gehandelt worden.

Noch iſt die Frage zu erörtern, nach welchem Grundſatz diejenigen Zeitfriſten zu beurtheilen ſind, bey welchen

POMPONIUS ait, non quae cadit in Iurisprudentes, ſed quam quis aut per ſe aut per alios adſequi potuit, ſcilicet conſulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias conſulere dignum ſit.

41) *L. 8. Cod. qui admitt. ad bon. poſſeſſ.*

42) *L. 2. §. 1. et 2. D. quis ordo in poſſeſſionib. ſervet.*

43) *L. 1. §. 7. D. quando appelland.*

welchen in den Gesetzen die eine oder die andere Berechnungsart nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist? Die Rechtsgelehrten haben sich mehrmals bemühet, hiervon allgemeine Regeln aufzustellen, allein ihre Versuche sind zum Theil vergeblich gewesen [44]). Am richtigsten haben unstreitig diejenigen Rechtsgelehrten [45]) die Sache bestimmt, welche zur Regel annehmen, daß unter einer in den Gesetzen ohne weitere Bestimmung ihrer Berechnungsart vorgeschriebenen Zeitfrist im Zweifel ein *tempus continuum* zu verstehen sey [46]), ausgenommen, wenn von prätorischen Klagen die Rede ist, bey welchen eine schlechthin vorgeschriebene Zeit im

44) Man vergleiche z. B. *Ant.* GOVEANUS lection. var. iuris civ. Lib. I. c. 10. RITTERSHUSIUS in Iure Iustinian. P. VI. cap. 8. §. 40. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 8. Allein daß die von diesen Rechtsgelehrten aufgestellte Regeln unrichtig sind, hat STOELTZER cit. Exercitat. iuris civ. Cap. VII. deutlich erwiesen.

45) GENTILIS de diverf. tempor. appellation. cap. XIV. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris civ. (*Genevae* 1633. 4.) Lib. I. cap. 10. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 36. et 37. (*Oper. Tom. II. pag.* 81.) und STOELTZER cit. Exercit. iur. civ. Cap. VII. pag. 44. sqq.

46) Zu Folge dieser Regel wird also die Zeit der zwanzig Jahre in *L.* 12. **C.** *ad L. Cornel. de falf.* der zehen Jahre in L. 27. **C.** *de teftam.* der fünf Jahre in L. 8. §. 4. **C.** *de repud.* und L. 2. *Cod. de vectigal. et commiff.* der vier Jahre in L. 3. C. *de quadrienn. praefcr.* der Jahresfrist in L. *un.* §. 7. C. *de rei ux. act.* § 6. *I. de SCto Tertull.* L. 10. **C.** *de legit. hered.* L. *ult.* §. 3. C. *de iure delib. Nov. I. c. ult.* der zwey Monate in L. 36. **C.** *ad* L. *Iul. de adult.* der dreyßig Tage in L. 14. §. 2. **C.** *de non num. pecun.* und L. 24. **C.** *de appellat.* von einem tempore continuo verstanden werden müssen.

im Zweifel für ein *tempus utile* zu erklären iſt [47]). Der Grund von dieſer Regel iſt, weil die Berechnungsart des temporis continui natürlich iſt, und keiner geſetzlichen Beſtimmung weiter bedarf; die Berechnung des temporis utilis aber ganz der Billigkeit der Prätoren, und der ihrem Beyſpiel folgenden Interpretation der römiſchen Rechtsgelehrten ihren Urſprung verdankt, doch nie zur allgemeinen Regel geworden iſt. Haben die Geſetze zwar ein *tempus utile* zur Dauer eines Rechtsmittels ausdrücklich vorgeſchrieben, aber in Anſehung dieſer beſondern Berechnungsart keine nähere Beſtimmung noch Einſchränkung beygefügt, ſo iſt ein ſolcher Zeitraum ſowohl in Rückſicht des Anfanges als Fortganges *utiliter* zu berechnen [48]). Dieſe Regel beruhet auf dem bekannten Grundſatz: lege non diſtinguente, nec noſtrum eſt, diſtinguere.

Juſtinian hat zwar in einigen Fällen, z. B. bey der prätoriſchen Reſtitution [49]), das in den ältern Geſetzen

47) Beyſpiele kommen vor in §. 5. *I. de action.* L. *un.* §. *ult. D. ſi quis ius dic. non obtemp.* L. 24. *D. de in ius voc.* L. 5. §. *ult. D. ne quis eum, qui in ius voc.* L. 1. §. *ult. D. de eo, per quem fact. erit.* L. *ult. D. de edendo* L. 5. §. 5. *D. de his, qui effuder.* L. 9. §. 1. *D. quod falſo tutor. auct.* L. 14. *pr. et* L. 16. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* L. 1. *pr. D. de publican.* L. 21. L. 22. §. *ult. D. de liberali cauſa.* L. 1. §. *ult. D. ne vis fiat ei, qui.* L. 9. §. *ult. D. de reb. auct. iudic poſſid.* L. 5. *C. de iniur.* u. a. m.

48) GENTILIS cit loc. ſagt: *Si de utili ſimpliciter dicitur, totum utile adſumi tempus oportet, ſi quidem noſtrum non eſt, diſtinguere.*

49) L. *ult. Cod. de tempor. in integr. reſtitut.*

setzen vorgeschriebene tempus utile abgeschaft, und in ein continuum verwandelt; allein es würde den Regeln einer gesunden Auslegung zuwider seyn, wenn wir dieses auch auf alle übrigen Fälle ausdehnen wollten. Denn scheint gleich der Grund, welchen dieser Kaiser selbst in einer gewissen Verordnung [50]) anführt, daß nämlich die Berechnungsart des temporis utilis mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey, ganz allgemein zu seyn, so kann doch das, was von besondern Fällen verordnet ist, als allgemeine Aufhebung des temporis utilis um so weniger betrachtet werden, da die vierjährige Zeitfrist, welche Justinian an die Stelle des bey den prätorischen Restitutionen ehemals üblich gewesenen anni utilis gesetzt hat, nicht auf jeden andern Fall paßt, in welchem kein annus utilis, sondern eine kürzere oder längere Zeit vorgeschrieben ist. Ich stimme dahero ohne Bedenken der Meinung des Cujaz [51]) und Balduins [52]) bey, welche das, was Justinian in einigen besondern Fällen wegen Abschaffung des temporis utilis verordnet hat, nur für eine Ausnahme von der Regel halten.

§. 269. b.

II) Natürliche und bürgerliche Zeitberechnung.

Eine andere, von der vorigen ganz verschiedene Berechnungsart der Zeit ist diejenige, da das tempus in dem römischen Rechte bald naturaliter bald civili-

50) L. 1. *Cod. de annali except.*

51) Observation. Lib. II. cap. 18.

52) in Iustiniano Lib. III. pag. 257. (*edit. de a.* 1596. 8).

viliter gerechnet wird [53]). Es iſt ein ſehr gewöhnlicher Irrthum, daß man dieſelbe mit der erſtern, von welcher bisher gehandelt worden, vermiſcht, ohne zu bedenken, daß ein tempus continuum in vielen Fällen eben ſowohl civiliter als ein tempus utile wiederum naturaliter gerechnet werden kann, wie in der Folge deutlich erhellen wird. Die Zeit wird nun NATURALITER gerechnet, wenn ſie von Stunde zu Stunde gerechnet, und alſo nicht eher für vollendet gehalten wird, als bis auch die letzte Stunde derſelben verfloſſen iſt. Die Geſetze bedienen ſich des Ausdrucks *a momento ad momentum tempus computatur* [54]); und Anton Govean [55]) bemerkt hierbey, daß das Wort *Momentum* in unſerm Civilrecht ſo viel als eine Stunde heiße. Alſo beſteht dieſe natürliche Computation der Zeit darin, wenn die Vollendung derſelben nach Stunden und Minuten gerechnet wird. Wir finden von dieſer Art der Zeitberechnung ſehr viele Beiſpiele in unſern Geſetzen. Die vorzüglichſten ſind folgende.

1) Die Zeit der Pubertät wird naturaliter gerechnet, a) wenn von Schließung einer rechtmäßigen Ehe die

53) Die Hauptſchrift in dieſer Materie iſt *Ioann. Conrad.* RÜCKERI Diſſertatio de civili et naturali temporis computatione in iure, welche mit ſeinen *Obſervationibus et Interpretationibus* zu Leiden 1749. 8. herausgekommen iſt. Jedoch iſt damit zu verbinden *Ge. Frid.* HOLTZHAUER Diſſ. de tempore in iure civiliter ac naturaliter computando. *Regiomonti* 1779. worin jene Schrift des Rückers in manchen Stücken noch ergänzt und berichtiget worden iſt.

54) L. 3. §. 3. *D. de minorib.* L. 6. *D. de uſurpat. et uſucap.*

55) Variar. lection. Lib. I. cap. 10.

die Frage ist. Hat ein Frauenzimmer vor dem zwölften Jahre geheyrathet, so soll sie alsdann erst eine rechtmäßige Ehefrau werden, wenn sie bey dem Manne das zwölfte Jahr ihres Alters zurückgelegt hat [56]). b) Wenn von Endigung der Tutel [57]), und c) von Erlöschung der Pupillarsubstitution die Rede ist [58]).

2. Auch die Zeit der Minderjährigkeit ist, wie Ulpian [59]) sagt, a momento ad momentum zu zählen, wenn die Frage ist, ob einem Minderjährigen, der noch am letztern Tage des fünf und zwanzigsten Jahres vor Ablauf seiner Geburtsstunde ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zustehe. Eben diese natürliche Berechnungsart der Zeit findet

3) bey der extinctiven Verjährung der Klagen statt. Diese ist nicht eher vollendet, als bis die Zeit, binnen welcher dieselben nach Vorschrift der Ge-

56) L. 4. D. *de ritu nupt.* *Nov.* 100. *cap.* 2. *pr.*

57) L. *ult.* C. *quando tutor. vel curator. esse desin.*

58) §. 9. I. *de pupill. substit.* Die Ausdrücke *et si hoc tempus* EXCESSERINT, *substitutio evanescit*, zeigen die natürliche Berechnungsart der Zeit deutlich an, besonders wenn damit L. 5. D. *qui testam. fac. poss.* verglichen wird.

59) L. 3. §. 3. D. *de minorib.* Wenn es in dieser Stelle heist: Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam *diem* natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, ut, si captus sit, restituatur etc. so muß mit Cujaz statt *diem* vielmehr die gelesen werden. Die Verbesserung, welche *Guil.* BEST de ratione emendandi Leges. Cap. XV. n. 2. in der angeführten Stelle vornimmt, nach welcher in diem gelesen werden soll, verwirret den Sinn nur noch mehr, statt ihn aufzuklären.

Geſetze angeſtellet werden müſſen, bis auf die letzte Minute abgelaufen iſt [60]).

CIVILITER wird hingegen die Zeit gerechnet, wenn dieſelbe nur bis auf einen gewiſſen letztern Abſchnitt, nämlich bis auf den letztern Tag, oder Monat, oder auch bis auf das letztere Jahr gerechnet, und alsdann ſchon für vollendet geachtet wird, wenn man dieſen letztern Zeitabſchnitt nur erreicht hat. Es giebt alſo eine dreyfache bürgerliche Zeitrechnung.

I) Wenn eine gewiſſe geſetzlich beſtimmte Zeit nur bis auf den letzten Tag gerechnet, und alsdann ſchon für vollendet gehalten wird, wenn man nur den letztern Tag derſelben erreicht hat. Dieſe findet ſtatt,

a) Bey der Beſtimmung des zur Teſtamentsfähigkeit erforderlichen Alters. Wer alſo nur ſeinen Geburtstag, und zwar im vierzehenden Jahre, wenn es eine Mannsperſon, im zwölften Jahre aber, wenn es ein Frauenzimmer iſt, erreicht hat, wird ſchon für teſtamentsmündig gehalten, wenn er gleich die Stunde ſeiner Geburt noch nicht überlebt hat [61]).

b) Bey der acquiſitiven Verjährung. Wenn der Präſcribens nur den letztern Tag, an welchem die Verjährung zu Ende gehet, erreicht hat, ſo iſt ſie ſchon für vollendet zu achten [62]).

II) Wenn

60) L. 6. *D. de obligat. et action.*

61) L. 5. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten. Kap. II. §. 46. Dieſe L. 5. erhält jedoch durch den Not. 58. angeführten §. 9. *I. de pupill. ſubſtitut.* eine Einſchränkung.

62) L. 15. *pr. D. de div. temp. praeſcript.* L. 6. *et* 7. *D. de uſurp. et uſucap.* Wenn es in der angeführten L. 6. heißt:

II) Wenn eine in den Gesetzen bestimmte Zeit nur bis zum Anfang des letztern Monats gerechnet wird. Diese Computation findet bey Beurtheilung der rechtmäsigen Geburt eines Kindes statt. Die Gesetze haben nämlich nach der Meinung des Hippocrates verordnet, daß ein im siebenden Monate nach vollzogener Ehe gebohrnes Kind für rechtmäsig zu halten sey [63]). Dieß ist vom Anfange des siebenden Monats zu verstehen [64]).

III) Zuweilen wollen die bürgerlichen Gesetze, daß eine bestimmte Zeit schon für erfüllt gehalten werden solle, wenn man das letztere Jahr auch nur angefangen hat.

In usucapionibus non a momento ad momentum, *sed totum postremum diem computamus*; so wollen einige Rechtsgelehrten die letztern Worte für fehlerhaft halten, und haben daher verschiedene Verbesserungen versucht. Man sehe z. E. *Franc.* HOTOMANNUS Amicabil. respons. Lib. I. c. 25. VIGLIUS ZUICHEMUS in Comm. ad §. 1. I. quib. non est permiss. fac. testam. und *Lud.* CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap. 17. Allein daß die gemeine Lesart richtig sey, zeigt RÜCKER cit. Diss. Cap. II. §. 4. *Totus postremus dies*, heißt so viel, als dies postremus, qui totus computatur. Dieß ist jedoch nicht, wie PANCIROLLUS in Thesauro variar. lection. lib. III. cap. 9. will, dahin zu erklären, daß der letztere Tag völlig verflossen seyn müsse, wenn die Usucapion soll für vollendet gehalten werden können. Nein, *dies totus* wird ja ausdrücklich demjenigen entgegen gesetzt, qui *a momento ad momentum* computatur. *Dies totus* soll also hier nur so viel heißen, daß man bey dem letztern Tage weiter keine Stundenzählung vornehme, wie es Hr. Prof. Westphal in dem System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 594. S. 467. richtig erklärt.

63) L. 12. *D. de statu homin.*

64) L. 3. §. *fin. D. de suis et legit. heredib.* [*Alphons. a* CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XII. §. V. n. 50. Siehe auch den 2. Theil dieses Commentars §. 116. Not. 60.

hat. Wir finden von dieſer Art der bürgerlichen Zeitrechnung zwey merkwürdige Beyſpiele in unſern Geſetzen.

1) Bey der Bewerbung um öffentliche Ehrenſtellen und Aemter im Staate, bey welcher zwar ein Alter von fünf und zwanzig Jahren geſetzlich vorgeſchrieben iſt, jedoch der Anfang des letztern Jahres ſo gut als deſſen Vollendung angeſehen werden ſoll [65]).

2) Bey der Ablieferung eines Fideicommiſſes unter der Bedingung, wenn der Fideicommiſſar ein gewiſſes Jahr ſeines Alters erreichen würde. Paulus [66]) bemerkt jedoch, daß der Kr. Antoninus Caracalla dieſes in einem gewiſſen Falle aus beſondern Gründen für Recht erkannt habe, er ſelbſt aber der entgegengeſetzten Meinung geweſen ſey. Da in andern Geſetzen auch würklich zur Regel angenommen wird, daß die Worte, wenn der Fideicommiſſar ein gewiſſes Jahr ſeines Alters erreicht haben wird, nicht von dem Anfange dieſes beſtimmten Jahres, ſondern von deſſelben Vollendung zu verſtehen ſind [67]); ſo iſt es wohl der Mühe werth, den Rechtsfall ſelbſt, welchen Antoninus Caracalla durch ſein Decret entſchied, hier kürzlich darzuſtellen. Der Fall war dieſer. Fabius Antoninus hinterläßt einen noch unmündigen Sohn, Antonin, und eine Tochter, Honorata. Er enterbt ſie beyde, und ſetzt ihre Mutter, Junia Valeriana, zur Erbin

65) L. 8. *D. de munerib. et honor.* Hoc in honoribus FAVORIS CAUSA conſtitutum eſt, ut pro plenis inchoatos annos accipiamus.

66) L. 74. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.*

67) L. 49. *pr. et* §. 1. *D. de Legat.* 1. L. 48. *D. de condit. et demonſtrat.* L. 5. *Cod. quando dies legator. cedat. Iul.* RACIUS Εναντιοφανῶν Centur. IX. Quaeſt. 83.

bin ein. Dieser befiehlt er jedoch, der Tochter dreyhundert, und einige andere Sachen als ein Vermächtniß auszuzahlen. Die ganze übrige Erbschaft aber soll sie an den Sohn, Antonin, abliefern, wenn dieser das zwanzigste Jahr seines Alters erreicht haben würde. Sollte hingegen derselbe vor dem zwanzigsten Jahre versterben, so solle eben diese Erbschaft der Tochter, Honorata, zurückgegeben werden. Hieraus erhellet, daß die Enterbung der Kinder eben in keiner bösen Absicht geschehen war [68]). Nun stirbt die Mutter ohne Testament, und hinterläßt beyde Kinder nach Vorschrift des Orphitianischen Senatusconsultums zu ihren gesetzlichen Erben. Nachdem stirbt auch der Sohn, Antonin, da er das zwanzigste Jahr nur erst angetreten, aber noch nicht vollbracht hatte, und hinterläßt eine Tochter, Fabia Valeriana, zu seiner rechtmäsigen Erbin. Von dieser fordert nun die Tante das Fideicommiß, nämlich das übrige Vermögen, so von ihrem Vater, Fabius Antoninus, herkam [69]) und wovon ihr verstorbener Bruder Antonin vermuthlich schon gleich bey der Mutter Tode Besitz ergriffen hatte. Sie gewinnt den Proceß bey dem Präses der Provinz. Allein die Vormünder der unmün-

68) L. 3. §. 3. *D. de usufr.* L. 12. §. 2. *D. de bon. libert.* L. 18. *D. de lib. et postum.*

69) Die Worte: *a qua amita fideicommissum et ex testamento patris portionem hereditatis petebat*, enthalten ein ἓν διὰ δυοῖν, welche Figur in unsern Gesetzen nicht ungewöhnlich ist. Sie bedeuten also so viel, die Honorata habe den in ihres Vaters Testamente zum Fideicommiß gemachten Theil seiner Verlassenschaft gefordert. S. RÜCKER cit. Diss. Cap. III. §. 9. *Iac.* HOP Diss. ad L. 74. §. 1. D. ad SCtum Trebell. *Lugd. Batavor.* 1748. Anderer Meinung ist jedoch Westphal in der hermenevtisch systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. Kap. VII. §. 561.

unmündigen Valeriane, der Tochter des Antonins, appellirten von diesem Ausspruche des Präses an den Kaiser. Sie schützten die Armuth ihrer Mündel vor, und beruften sich zugleich auf die Verordnung des Kaiser Hadrians, nach welcher auch bey öffentlichen Aemtern ein nur angetretenes Jahr schon als verflossen angesehen werde. So wenig nun auch dieses Argument hierher gehörte, da die Verordnung des Kaiser Hadrians in einer besondern Begünstigung öffentlicher Ehrenstellen ihren Grund hat; so wurde dennoch der Kaiser Antoninus Caracalla theils durch die Billigkeit der Sache, theils durch die Worte des Testaments bewogen, wider die Klägerin zu sprechen. Zwar wußte der Kaiser wohl, daß einst Divus Marcus einen Mann, ohngeachtet er das siebenzigste Jahr schon angetreten hatte, dennoch von Uebernehmung einer Vormundschaft nicht entschuldigen wollen, auch brachte Paulus, der in dem Auditorium des Kaisers Beysitzer, und ganz verschiedener Meinung war, noch verschiedene andere Argumente, insonderheit eins aus der Lege Aelia Sentia vor, nach welchem auch bey Manumissionen erfordert werde, daß der Herr das deßhalb vorgeschriebene zwanzigste Jahr seines Alters nicht bloß angetreten, sondern bis auf den letzten Tag zurück gelegt haben müsse [70]). Allein die angeführten Gründe des Kaisers behielten dennoch das Uebergewicht. Für die unmündige Valeriana sprach einmahl die Billigkeit, weil bey Kindern, wenn sie mit einem Fideicommiß beschwert sind, der Wille des Erblassers ex coniectura pietatis, wie Papinian [71]) sagt, immer unter der Bedingung zu verstehen ist, wenn der Fiduciar ohne rechtmäßige Descen-

70) L. 1. D. *de manumiss.* RÜCKER a. a. O. §. 11. 12. u. 13.

71) L. 102. D. *de condit. et demonstrat.*

denz versterben wird [72]). Es war also schon in dieser Hinsicht der Absicht des Erblassers gemäß, die Valeriana ihrer Tante vorzuziehen [73]), zumahl da der ersteren Vater nur aus guter Meinung vom Testirer war enterbt worden [74]). Noch bündiger aber war der andere Entscheidungsgrund, den der Kaiser aus den Worten des Testaments genommen. Denn die Worte: *cum ad annum vicesimum aetatis pervenisset*, verglichen mit dem Gegensatz, *si ante annum vicesimum decessisset filius*, lassen keinen Zweifel übrig, daß hier nach der Absicht des Erblassers nicht nothwendig das ganz vollendete zwanzigste Jahr erfordert werde, indem ja unstreitig derjenige, welcher das zwanzigste Jahr bereits angetreten hat, nicht mehr vor dem zwanzigsten Jahre verstirbt. Bey diesen bloß auf billiger Auslegung des Testaments beruhenden Gründen ist es daher in der That nicht nöthig, das Decret des Kaiser Antoninus Caracalla mit Rücker [75]), für ein bloßes Privilegium zu halten, woraus man keine Folge machen dürfe [76]). Denn wäre dieses, so würde nicht dieses Decret, nebst den übrigen, die wir aus des Paulus *libris Decretorum* [77]) kennen, den Pandecten seyn einverleibet worden.

Nicht

72) L. 30. *Cod. de fideicomm.*

73) Diese natürliche Billigkeit erkennt auch Ulpian. L. 1. §. 4. D. *de suis et legitim. hered.*

74) HOLTZHAUER cit. Diss. §. 10. pag. 15.

75) cit. Diss. Cap. III. §. 14.

76) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen 7. Kap. §. 561. S. 427. *Henr. Guil.* BUCH Disp. exhibens conciliationem L. 74. §. 1. D. ad SCtum Trebell. cum L. 48. D. de condit. et demonstr. *Rintel.* 1748.

77) S. *Abrah.* WIELING Iurisprud. restituta pag. 159. sq.

Nicht ſelten haben die Geſetze eine gewiſſe Zeit beſtimmt, ohne zu erwähnen, ob ſie naturaliter oder civiliter gerechnet werden ſoll [78]). Welche von beiden Berechnungsarten wird in ſolchen Fällen wohl ſtatt finden? Rücker [79]) giebt folgende Regel: die bürgerliche Zeitrechnung ſey anzuwenden, wenn dadurch die Umſtände desjenigen verbeſſert werden, dem das Geſetz eine gewiſſe Zeit vorgeſchrieben hat. Man müſſe hingegen bey der natürlichen Zeitberechnung bleiben, wenn durch die bürgerliche der Zuſtand deſſelben verſchlimmert werden würde. Denn der Grund, warum in dem römiſchen Rechte die Zeit nicht auf einerley Art, ſondern bald natürlich bald bürgerlich gerechnet werde, ſey bloß die Billigkeit. — Es kann freylich nicht geläugnet werden, daß die römiſchen Geſetzgeber in verſchiedenen Fällen bey Beſtimmung der Zeit die Art ihrer Berechnung nach jener Regel abgemeſſen haben. So z. E. würde man bey der extinctiven Verjährung der Klagen die Lage des Gläubigers, dem das Geſetz eine gewiſſe Zeit zur Anſtellung ſeiner Klage verſtattet, offenbar verſchlimmern, ja man würde ihn gegen die Abſicht des Geſetzes früher um ſein Recht bringen, wenn man dieſe Zeit civiliter rechnen wollte. Daher iſt bey der Verjährung der Klagen die natürliche Zeitrechnung eingeführt, damit Niemand das Seinige eher verlieren möge, als bis der

78) Beyſpiele enthalten L. 3. D. *de requir. vel abſent. damn.* L. 13. D. *de div. tempor. praeſcr.* L. 12. C *ad* L. *Corn. de falſ.* L. 29. §. 5. *et* 6. D. *ad* L. *Iul. de adult.* L. 5. *Cod. eod.* L. 27. *Cod. de teſtam. Nov.* XXIII. *c.* 1. L. 5. §. 4. *Cod. de tempor. appellat.* n. a. m.

79) cit. Diſſertat. Cap. V. §. 9.

letzte Tag der gesetzten Zeit gänzlich verflossen ist [80]). Im Gegentheil wenn man bey Testamenten die Zeit der dazu erforderlichen Pubertät natürlich rechnen wollte, so würde dieses dem Testirer zum Nachtheil gereichen. Denn nun würde das Testament nicht gelten, was er am Geburtstage seines vierzehenden Jahres jedoch noch vor der Geburtsstunde gemacht hat. Man erklärte also das Alter der Testamentsfähigkeit nach der Billigkeit, und hielt das vierzehende Jahr für zurückgelegt, sobald nur der Testirer den letzten Tag desselben angetreten hat [81]). Allein ob deßwegen jene Regel auch in allen übrigen Fällen als Entscheidungsgrund der einen oder der andern von den Gesetzen angenommenen Zeitrechnung zu erweisen seyn möchte, so daß dadurch eine solche Rechtsanalogie begründet werden könnte, welche Rücker daraus hat herleiten wollen, daran zweifele ich sehr. Denn so finden wir erstlich viele Fälle in unsern Gesetzen, wo die Zeit nach ausdrücklicher Vorschrift derselben natürlich gerechnet werden soll, ohnerachtet, wie Rücker selbst nicht läugnen kann, die bürgerliche Computation weit vortheilhafter gewesen wäre [82]). Zum andern können Fälle vorkommen, wo der einen Parthey die natürliche, der andern Parthey hingegen die bürgerliche Zeitrechnung vortheilhafter ist [83]). Welche von beyden

80) L. 6. D. *de oblig. et actionib.*

81) L. 5. D. *qui testam. fac. possunt.*

82) Beyspiele kommen vor in L. 1. §. 3. D. *de postul.* §. 9. I. *de pupill. substit. pr.* I. *quib. mod. tut. finit.* L. 4. D. *de ritu nuptiar.* L. 24. Cod. *de nupt.* L. *ult.* Cod. *quando tut. esse desin.* Nov. 100. *cap.* 2. *pr.*

83) Ein Beyspiel hiervon giebt die in den Gesetzen zur Verjährung der Verbrechen bestimmte Zeit, bey welcher die natürliche Computation dem beleidigten Theile, die bürgerliche Berechnungsart hingegen dem Verbrecher vortheilhafter ist.

beyden Berechnungsarten wird hier den Vorzug haben? Die Rückerſche Regel giebt hiervon keine Entſcheidungsnorm. Endlich drittens wenn in einem vorkommenden Falle nun würklich die bürgerliche Zeitrechnung für den Zuſtand einer Perſon, welcher eine gewiſſe Zeit ſchlechthin vorgeſchrieben iſt, vortheilhafter ſeyn möchte, welche Art der bürgerlichen Computation wird hier ſtatt finden? ſoll das nur erſt angetretene letztere ganze Jahr für ſchon ververfloſſen, oder ſoll nur der letztere Tag dieſes letztern Jahres, wenn er gleich noch nicht völlig verfloſſen iſt, dennoch für ſchon zurückgelegt gehalten werden? Auch für dieſen Fall iſt die Rückerſche Regel ganz unbrauchbar. Mich dünkt, wenn bey einer gewiſſen Zeitbeſtimmung, ſie komme in den Geſetzen, oder in andern erklärten Willensverordnungen, z. B. in einem Teſtamente oder in einem Vertrage, vor, die Art ihrer Berechnung nicht ausdrücklich beygefügt iſt, ſo ſey die Frage, ob in dem vorkommenden Falle die Zeit natürlich oder bürgerlich zu computiren, bloß nach den Regeln der Auslegungskunſt zu entſcheiden. Man hat daher ſowohl aus den gebrauchten Ausdrücken als aus der Abſicht und den Endzweck des Urhebers einer ſolchen Zeitbeſtimmung zu beurtheilen, welche von beyden Berechnungsarten in dem vorliegenden Falle ſtatt finde. In dieſer Rückſicht war freylich in dem oben aus der *L.* 74. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.* vorgetragenen Rechtsfalle die bürgerliche Computation der Abſicht des Teſtirers angemeſſener als die natürliche. Dahingegen entſpricht bey der Verjährung der Verbrechen [84], ferner bey der Einwendung der Appellation [85] die natürliche Zeitberechnung

84) *L.* 12. *C. ad L. Cornel. de fals. L.* 3. *D. de requirend. reis. L.* 13. *D. de div. temp. praeſcript.*

85) *Nov. XXIII. cap.* 1.

§. 266.

In wieferne können Fristen erstrecket oder abgekürzt werden? Wenn eher ist die Prorogation zu suchen? Kann der Richter auf Verabsäumung derselben von Amtswegen erkennen? Wie sind Nothfristen in Zweifel zu erklären?

Da zufällige Hindernisse es den Partheyen nicht selten unmöglich machen, binnen der vorgeschriebenen Frist ihre Rechtsnothdurft zu beobachten, so halten die Gesetze nicht nur das Gesuch um Fristerstreckung an sich für billig [77]), sondern sie verbinden auch sogar den Richter, die gebetene neue Frist zu verstatten [78]). Wenn nun gleich in Ansehung der Fristen selbst, deren Prorogation gesucht wird, kein Unterschied ist, ob sie gesetzliche, richterliche, oder gewillkührte sind, indem auch Ordnungsfristen aus rechtmäsigen Ursachen vom Richter ohne allem Zweifel erstrecket werden können [79]); so ist doch in Ansehung der gesetzlichen Nothfristen der Unterschied zwischen absoluten und gemischten Nothfristen nicht unbemerkt zu lassen, indem erstere die besondere Eigenschaft haben, daß sie weder vom Richter, noch von den Partheyen verlängert werden können [80]). Eben dieser Unterschied findet statt,

77) Humanum est, so rescribiren die DIVI FRATRES beym Callistratus *L.* 36. *pr. D. de iudiciis*, propter fortuitos casus dilationem accipi. Man vergleiche über diese Stelle WESTENBERGII Divum Marcum Dissert. IV.

78) *L.* 1. *C. de dilat.* Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur; spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit.

79) *L.* 2. *L.* 4. *§.* 5. *D. de re iudic.* VOET ad Pandect. h. t. §. 12.

80) K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 29. §. 2. und Concept der K. G. O. Th. II. Tit. 32. §. 1. KNORRE cit. Diss.

ſtatt, wenn die Frage entſtehet, ob eine geſetzlich beſtimmte Friſt vom Richter abgekürzt werden könne? Der Regel nach ſtehet zwar dem Richter eine ſolche Befugniß nicht zu, denn der Richter darf nicht ſtrenger ſeyn als das Geſetz, und kann daher eine Parthey nicht eher ihres Rechts verluſtig erklären, als wenn ſie dieſe Strafe nach den Geſetzen verwirkt hat [81]). Iſt jedoch von abſoluten Nothfriſten die Rede nicht, ſo verſtatten zuweilen die Geſetze dem Richter aus rechtmäſigen Urſachen eine Abkürzung der in denſelben beſtimmten Friſten, wenn ſolche der beſondere Faveur der Sache, oder die Gefahr des Verzugs, oder Verhüthung einer Chikane nothwendig macht [82]).

Wenn nun alſo eine auferlegte gerichtliche Handlung binnen der vorgeſchriebenen Friſt nicht kann verrichtet werden, ſo muß in Zeiten um Verlängerung derſelben, und alſo um eine neue Friſt gebeten werden. Um

dieſes

Diſſ. de recto dilationum uſu §. XII. et XX. *ab* ENDE cit. commentat. de fatalium rigore iniquo. Cap. I. §. 19. pag. 47. Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 279. Verſchiedene Rechtsgelehrten ſind zwar anderer Meinung. Sie behaupten, daß die Partheyen ſogar das fatale interponendae appellationis durch eine gütliche Uebereinkunft verlängern könnten. S. *Io. Chriſt. Car.* IAN Diſſ. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendae appellationis. *Gieſſae* 1787. Allein Herr Prof. Klüber in der kleinen juriſtiſchen Bibliothek 5. Bandes 20ſtes Stück. S. 479. f. hat dieſe Meinung gründlich widerlegt.

81) VOET ad Pandect. h. t. §. 13. KNORRE cit. Diſſ. §. 21.

82) *L. 2. D. de re iudic.* Qui pro tribunali cognoſcit, non ſemper tempus iudicati ſervat, ſed *nonnunquam arctat*, nonnunquam prorogat, *pro cauſae qualitate et quantitate, vel perſonarum obſequio vel contumacia.*

dieses richtig zu bestimmen, macht unser Verfasser zwischen Noth- und anderen Fristen einen Unterschied. In Ansehung der erstern muß die Verlängerung, so weit dieselbe den Rechten nach zulässig ist, noch vor dem Ablauf derselben gesuchet werden, weil durch Verabsäumung einer Nothfrist der andere Theil ein Recht erwirbt, auf Präclusion in Ansehung der auferlegten aber unterlassenen Handlung selbst zu dringen. Ist hingegen nicht von Nothfristen die Rede, so kann die neue Frist so lange immer noch gebeten werden, als noch keine Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt ist. Ein unvermuthetes und unabwendliches Hinderniß erstreckt jedoch die Frist ipso iure, und schließt die Beschuldigung des Ungehorsams aus [83]). Noch ist in Ansehung der Nothfristen zu bemerken, daß, wenn sie absolute Fatalien sind, deren Verabsäumung den unmittelbaren Verlust des Rechts zur Folge hat, dieselben keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedürfen, sondern der Richter von Amtswegen auf deren Verabsäumung erkennen müsse [84]). Im Zweifel sind jedoch Fatalien immer eher für berichtigt als für versäumt zu halten. Diese Vermuthung gründet sich auf Billigkeit, welche hier dem strengen Recht vorzuziehen ist. Zu Folge derselben ist daher, wenn die Sache zweifelhaft ist, jederzeit für diejenige Parthey zu sprechen, welche einer Desertion beschuldiget wird [85]).

Bey

83) MEVIUS T. II. P. VIII. Decis. 203. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 6.

84) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 279.

85) L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 422. BOEHMER in Consil. T. II. P. I. Cons. CCCCXXXVII. n. 20.

Bey conventionellen Friſten hängt zwar alles von der Verabredung der ſtreitenden Partheyen ab; jedoch iſt das richterliche Ermeſſen dabey keinesweges auszuſchlieſen. Es können daher ſolche Friſten aus erheblichen Urſachen vom Richter ſowohl eingeſchränkt als erweitert werden [86]).

§. 267.

Stillſchweigende Friſtverlängerung. Berechnung der Friſten. Rechtmäſige Einſchränkung derſelben.

Iſt eine Friſt zu rechter Zeit geſuchet worden, aber keine Reſolution darauf erfolgt, ſo iſt entweder ein ſolcher Fall vorhanden, da die Geſetze keine weitere Friſterſtreckung geſtatten, oder nicht, im erſtern Fall wird ſie für ſtillſchweigend abgeſchlagen, im letztern aber für ſtillſchweigend ertheilt gehalten [87]). Jedoch muß alsdann auch die auferlegte Rechtshandlung binnen den gebetenen Zeitraum ſchlechterdings bey Strafe der Präcluſion eingebracht werden [88]). Die Friſterſtreckung wird übrigens allemal erſt vom Ablauf der vorigen Friſt angerechnet.

n. 20. Hofmanns teutſche Reichspraxis §. 279. Not. c. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. II. Th. XIII. Hauptſt. §. 215. zu Ende.

86) KNORRE cit. Diſſ. §. 25.

87) Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceſſes I. Th. §. 139. u. 144. Hofmanns teutſche Reichspraxis I. Th. §. 281. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 102. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 202.

88) MEVIUS in Deciſion. Tom. II. P. VI. deciſ. 213.

net [89]). Es wird auch bey Berechnung der Fristen der Tag, an welchem das Dilationsdecret insinuirt worden ist, nicht mitgezählet [90]). Da Fristen ihrem eigentlichen Endzwecke nach dazu dienen sollen, damit keine Partheyen in Beobachtung ihrer Rechtsnothdurft übereilt werde, und in dieser Hinsicht allerdings rechtliche Begünstigung verdienen, so darf ein Fristgesuch im Zweifel nicht versaget werden [91]). Indessen dürfen doch auch Fristsuchungen nie zur Verzögerung des Rechtslaufs gemißbraucht werden. Daher ist keine Frist ohne Noth zu verstatten [92]). Wer also durch das Dilationsgesuch von dem Richter eine Verlängerung der Frist zu erhalten für nöthig findet, muß seine darauf gerichtete Bitte dadurch unterstützen, daß er Ehehaften (§. 260.) anführt, welche die Gewährung seines Gesuchs nothwendig machen, oder doch so beschaffen sind, daß die Billigkeit dieselbe erfordert [93]). Gemeiniglich wird jedoch die erste Frist verlängert.

89) MEVIUS P. VI. Decision. 28. L. B. *a* WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 310. *Aug. de* BALTHASAR Tract. de terminis ac fatalib. iudicial. eorumque computatione. Cap. IV. §. 5. Claproth a. a. O. Nettelbladt im angef. Buch §. 31.

90) KNORRE cit. Diss. §. 24.

91) Estor in den angef. Anfangsgründen §. 141. und 144. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 740.

92) *L. 7. D. h. t. L. 36. pr. D de iudiciis. L. 1. et 4 Cod. de dilationib. L. 2. Cod. de temp. et reparat. appellat.* Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 103. WESTENBERG in Divo Marco Diss. IV. §. 2. sqq. KNORRE cit. Dissert. §. 14. Estor a. a. O. §. 145.

93) Nettelbladt in der angef. Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrth. §. 201.

verlängerung auf das bloße Gesuch, ohne erforderliche Ausführung und Bescheinigung besonderer Hindernisse, ertheilet [94]).

§. 268.

Wie oft kann eine neue Frist gesucht werden?

Noch ist die Frage zu erörtern, wie viel Fristen einer Parthey auf ihr Gesuch verstattet werden können? Unser Verfasser behauptet, daß hierbey alles auf richterlicher Willkühr beruhe. Allein wenn dieses gleich die gemeine Lehre vieler Rechtsgelehrten [95]) ist, so stimmen doch die Gesetze damit nicht überein [96]). Denn nach klarer Vorschrift derselben soll im bürgerlichen Processe über einmal keine Frist erstrecket werden [97]). Auch selbst die Beweisfrist ist von dieser Regel nicht ausgenommen. Vielmehr sagen die Kr. Diocletian und Maximian [98]) ganz ausdrücklich: Quod ita constitutum

94) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 463. n. 7. *Christ.* ITZSTEIN Diss. de usu recessus Imp. novissimi de a. 1654. in iudiciis moguntinis. (*Moguntiae* 1787.) Obs. 2.

95) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 34. *Iust. Henn.* BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. u. a. m.

96) Eben dieses haben auch schon andere Rechtsgelehrten erinnert, und daher jene Meinung verworfen; man vergleiche *Casp.* ZIEGLER in Dicastice. Concl. 28. *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. Diss. V. §. 7. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

97) *L. ult. D. h. t.* Jüngst. Reichsabsch. §. 103.

98) *L. 1. Cod. de dilationibus.* Daß in diesem Gesetz nicht von der Bestimmung der Beweisfrist selbst, sondern blos von Erstreckung

tum iudicantes ſentire debebunt, *ut hac ratione non ſibi conceſſum intelligant dandae dilationis arbitrium*, ſed eandem dilationem, *ſi rerum urgentiſſima ratio flagitaverit, et neceſſitas deſideratae inſtructionis exegerit*, non facile amplius quam ſemel, nec ulla trahendi arte ſciant eſſe tribuendam. Nur bey einem eintretenden neuen ganz unvermutheten Hinderniß ſoll ein wiederholtes Friſtgeſuch ſtatt finden [99]), jedoch auch dieſes anders nicht, als wenn ſolches genugſam beſcheiniget und mittelſt Eides für Gefährde noch beſtärket wird [100]). Zwar behauptet Hellfeld, daß erſt dann, wenn zum drittenmal um Friſtverlängerung gebeten wird, dieſe geſetzmäſige Feyerlichkeit, — ſo nennt man die bey wiederholtem Friſtgeſuch erforderliche Eidesleiſtung für Gefährde, — zu beobachten ſey. Eben dieſes iſt die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [1]). Allein auch dieſe Meinung beruhet auf einem Mißverſtande der Geſetze. Der jüngſte Reichsabſchied [2]) ſagt nur, daß ſchon bey der dritten Dilation diejenige Feyerlichkeiten der Rechte, die bey der vierten bishero gebräuchlich geweſen [3]), in Acht genom-

ſtreckung derſelben die Rede ſey, hat gegen LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 258. med. 2. gründlich erwieſen KNORRE cit. Diſſertat. §. 17.

99) *L. 7. D. h. t.* Oratione quidem D. MARCI amplius quam ſemel non eſſe dandam inſtrumentorum dilationem, expreſſum eſt; ſed utilitatis litigantium gratia, cauſa cognita, et iterum dilatio impertiri ſolet; et maxime *ſi aliquid inopinatum emergat.*

100) Jüngſt. Reichsabſch. vom J. 1654. §. 50.

1) BOEHMER in iure Digeſtor. h. t. §. 9. Danz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 463. S. 614.

2) In dem angef. §. 50.

3) K. R. Kammergerichtsordn. I. Th. Tit. 92. Concept der K. G. O. Th. III. Tit. 21. §. 10.

genommen werden ſollen. Dieſe dritte Dilation iſt aber nicht eine dritte Friſterſtreckung, wie man glaubt. Denn die erſte Dilation iſt hier die der Parthey vorgeſchriebene Beweisfriſt ſelbſt, von welcher in der bemerkten Stelle des jüngſten Reichsabſchiedes die Rede iſt. Folglich iſt die dritte Dilation erſt die zweyte Friſtverlängerung [4]). Die aus dem römiſchen und canoniſchen Rechte [5]) angeführten Stellen reden gar nicht von der Erſtreckung der Beweisfriſt, ſondern, wie ſchon Stryk [6]) bemerkt hat, von der Production der Zeugen, welche zum viertenmahl nicht anders, als nach geleiſteten Eid für Gefährde, verſtattet werden ſoll. Iſt das angeführte Hinderniß notoriſch, ſo wird der Eid für Gefährde nicht für nöthig gehalten [7]). Man behauptet auch, daß der Richter ſolchen aus hinreichenden Gründen den Partheyen nachzulaſſen berechtiget ſey [8]), welches jedoch andere darum nicht ohne Grund bezweifeln, weil dieſer Eid aus der Vorſchrift der Geſetze herrührt, von welcher der Richter nicht nach Willkühr abgehen darf. Wenigſtens dürfte doch der Eid nicht ohne Einwilligung des

4) Man ſehe hier beſonders WERNHER in lectiſſimis commentat. ad Pand. h. t. §. 9. pag. 223. und *Ge. Lud.* BÖHMER in Princip. iuris canon. §. 740.

5) *Nov. XC. cap. 4. Cap. penult. X. de teſtibus.*

6) in Uſ. mod. Pandectar. h. t. §. 18.

7) BARTH Diſſenſ. in praxi Centur. II. Diſſ. 124. §. 2. Hofmanns T. Reichspraxis I. Th. §. 282. Not. r. *Ge. Lud.* BÖHMER c. l. §. 740.

8) de BERGER in Elect. disceptat. forenſ. Tit. XX. p. 674. *Iuſt. Ilenn.* BÖHMER in Iur. Eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. VIII. §. 3. Danz in den angef. Grundſätzen §. 463. S. 614.

des Gegentheils nachgelassen werden [9]). Sollten ganz unabwendliche, noch immer fortdaurende Hindernisse vorhanden seyn, so ist unter solchen Umständen der Richter eine Ausnahme zu machen wohl befugt [10]), und in dieser Hinsicht läßt sich behaupten, daß bey Fristverlängerungen das richterliche Ermessen nicht ganz auszuschließen sey.

Uebrigens behauptet unser Verf. noch zum Beschluß, daß eine Frist, wenn sie auch durch ein falsches Vorgeben erschlichen worden, dennoch ihre Wirkung nicht verliere. Allein auch dieser Satz läßt sich mit der Rechtsanalogie nicht vereinigen, und wird von den meisten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet [11]).

§. 269. a.

Von den verschiedenen Berechnungsarten der Zeit, und denen daher entstehenden Eintheilungen derselben. I) Berechnung des *temporis continui* und *utilis*.

Nicht nur den gerichtlichen, sondern auch den außergerichtlichen Handlungen der Menschen haben die Gesetze mancherley Zeitfristen an Jahren, Monaten und Tagen vorgeschrieben, von deren Berechnungsart noch kürz-

9) MEVIUS in Decision. T. II. Part. VI. Decis. 54. Estors Anfangsgründe des gemein. und R. Processes §. 147. N. III.

10) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 101. MEVIUS P. II. Decis. 368. et. 369.

11) MEVIUS T. II. P. IX. Decis. 24. *Iust. Henn.* BÖHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXXII. §. 44. Nr. V. pag. 827. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVII. Not. 8. BARTH Dissens. in praxi Centur. II. Diss. 126. Hofmanns T. Reichspraxis §. 282.

kürzlich zu handeln iſt [12]). Eine der gewöhnlichſten Eintheilungen der Zeit, die wir im römiſchen Rechte finden, iſt diejenige, da ſie in ein tempus continuum und utile eingetheilet wird [13]). Unter TEMPUS CONTINUUM wird eine ſolche Zeit verſtanden, die beſtändig und ununterbrochen fortläuft, bey deren Berechnung alle Tage, ſo wie ſie auf einander folgen, gezählet werden, unangeſehen, ob ſie Feyer- oder Gerichtstäge ſind, ob man Gelegenheit, ſein Recht zu verfolgen, gehabt hat, oder nicht. Sogar keine Unwiſſenheit, wenn ſie auch ganz ſchuldlos iſt, ſie betreffe das Recht, oder Thatſachen, kann den Lauf einer ſolchen Zeit hindern [14]). Dasjenige TEMPUS hingegen wird UTILE genennt, bey deſſen Berechnung nur allein diejenigen Tage gezählet werden, wo man ganz ungehindert ſein Recht auszuüben oder gerichtlich zu verfolgen im Stande war. Feyertage, Unwiſſenheit, Abweſenheit, und andere Hinderniſſe unterbrechen daher den Lauf dieſer

12) Man bemerke hier EUSTATHII, Anteceſſ. olim Conſtantinopolitani, de veria temporum in iure civili obſervatione libellus. *Baſiliae* opera *Simon.* SCHARDII 1561. 8. (et in LEUNCLAVII *Iure Graeco Rom.*) *Alb.* GENTILIS Lib. de diverſis temporum appellationibus *Vitemb.* 1546. 8. *Io. Car.* ANTONELLI Tr. de tempore legali. *Romae* 1660. fol. LAUTERBACH Diſſ. de varietate temporum. *Tubing.* 1659.

13) *Marc. Ant.* BARDI Opuſc. de tempore utili et continuo, in *Tractatu Tractatum* T. V. f. 210. ſqq. *Io. Frid.* BILGER Diſſ. de diebus continuis. *Altorfii* 1709. *Chriſt. Aug.* STÖLTZER Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. *Lipſiae* 1791.

14) L. 8. D. *de his qui not. infam.* L. *ult.* C. *dolo*, L. 3. C. *de praeſcript. XXX. vel. XL. annor.* L. 5. C. *ad L. Iul. de adult.*

ser Zeit. Ulpian [15]) bestätiget dieses ganz deutlich; wenn er *lib.* 49. *ad Edictum* sagt: Ita autem UTILE TEMPUS est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet, ut per singulos dies et sciverit et potuerit admittere (*bonorum possessionem*); caeterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Es kommt demnach bey der Berechnung des temporis utilis, wenn insonderheit von Rechtsmitteln und Klagen die Rede ist, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte, *lib.* 47. *ad Edictum* [16]) sehr genau ausführt, auf drey Hauptpuncte an: a) in Ansehung des Klägers, *ut sit facultas agendi.* Hierzu ist aber noch nicht hinreichend, daß der Kläger ungehindert sey, die Klage anzustellen, sondern er muß auch wissen, daß ihm das Recht zu klagen zustehe. Daher sagt Cajus [17]) qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Jedoch entschuldiget bey dieser Zeitberechnung nur eine Unwissenheit in Ansehung der Thatumstände, nicht in Ansehung des Rechts [18]), wenn nicht etwa der Kläger eine solche Person ist, welcher die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, wie z. E. Minderjährige, Weibspersonen, Soldaten [19]). Ist also der Kläger gehindert, seine Klage anzustellen, so läuft ein tempus utile

15) *L.* 2. *pr. D. quis ordo in possessionib. servetur.*

16) *L.* 1. *D. de divers. temporal. praescript.*

17) *L.* 6. *D. de Calumniat.* Add. *L. ult. C. de dolo malo.*

18) *L.* 1. §. 1. *D. de iur. et facti ignor. L.* 10. *D. de bonor. possession.* und *L.* 6. *C. qui admitti ad bonor. possess.* Conf. *Rud* FORNERIUS Lib. II. Rerum quotidianar. c. 14. in OTTONIS *Thes iur. Rom.* T. II. pag. 175.

19) *L.* 9. §. 1. *D. de iur. et facti ign.*

utile nicht, wenn gleich der Beklagte zur Antwort bereit geweſen, auch genug Gerichtstäge gehalten worden [20]). Allein es wird auch b) von Seiten des Beklagten erfordert, *ut experiundi ſecum fac.at poteſtatem*, wie Ulpian a. a. O. ſagt. Wenn daher auch der Kläger ungehindert wäre, ſo läuft doch die Zeit nicht, wenn ſich bey dem Beklagten Umſtände finden ſollten, weßhalb man ihn nicht verklagen kann [21]). Endlich, wenn auch beyde Theile ungehindert wären, ſo kommt es c) noch darauf an, *ut magiſtratus quoque vel judex, coram quo cauſa agitur, ſui copiam faciat*, welches Ulpian zur Berechnung des temporis utilis ausdrücklich erfordert [22]). Es kommt alſo hauptſächlich auch darauf an, ob Gerichtstag geweſen. Denn nur dieſe Tage werden gezählt. Ulpian erläutert dieſes an einem andern Orte [23]), durch das Beiſpiel der Appellationsfriſt ſehr genau. Dies autem iſtos, ſagt er, quibus appellandum eſt, ad aliquid *utiles* eſſe, Oratio D. MARCI voluit, ſi forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli den-

20) *L.* 4. *D. de div. temp. praeſcr.* und *L.* 25. *D. de ſtipulat. ſervor.* ſcheinen zwar zu widerſprechen; allein CUJACIUS lib. XVI. Obſervat. cap. 38. hat dieſe Stellen ganz richtig von dem Fall erklärt, wo ſich der Beklagte ſelbſt eine gewiſſe Zeit geſetzt hat, binnen welcher allein er haften will. Siehe auch Weſtphals Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz ꝛc. §. 811. S. 620.

21) Beyſpiele hiervon werden angeführt in der *L.* 1. *§.* 1. *L.* 21—26. *et* 28. §. 4. *D. ex quib. cauſ. maior.*

22) *L.* 1. *D. de div. temp. praeſcr.* Illud utique neminem fugit, experiundi poteſtatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit. *Proinde bi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit.*

23) *L.* 1. *§.* 7. 8. *et* 9. *D. quando appelland. ſit.*

tur; ait enim: *Is dies ſervabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — Adeundi autem facultatem ſemper accipimus, ſi in publico ſui copiam fecit: caeterum ſi non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non acceſſerit? magisque eſt, ut non debeat imputari: *quare ſi in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuiſſe adeundi* [24]). Bey den Römern hieng dieſe facultas adeundi noch inſonderheit von der Verſchiedenheit der Geſchäfte ab, denen ſich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entſtand eine ſehr wichtige Eintheilung der Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptſächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Unterſuchung gerichtlicher Privatrechtsſachen beſtimmt, und hießen *dies ſeſſionum* ſeu *cognitionum*. Andere hingegen waren ſolchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Unterſuchung, auf das bloße Anbringen oder Geſuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was ſein Amt erforderte, und wurden daher *dies poſtulationum* genennt [25]). Wenn nun alſo die Eigenſchaft des Geſchäfts, zu deſſen Verrichtung ein tempus utile vorgeſchrieben war, eine gericht-

24) Ueber dieſe Stelle iſt zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Diſſertat. XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

25) Von dem Unterſchied der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. ſqq. *Franc* POLLETUS in Hiſtoria fori Rom. Lib. I. Cap. 8. et 9. et *Phil* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

gerichtliche Unterſuchung nothwendig machte, ſo konnten bey dieſer Zeitbeſtimmung nur die dies ſeſſionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieſes in einem Beiſpiele von der bonorum poſſeſſio ganz einleuchtend: Dies bonorum poſſeſſionis, ſagt er [26]), utiles eſſe palam eſt; ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modo ea ſit bonorum poſſeſſio, quae de plano peti potuit. Quid, ſi ea, quae cauſae cognitionem pro tribunali deſiderat, vel quae decretum expoſcit? Seſſiones erunt nobis computandae, quibus ſedit is: quibusque per ipſum Praetorem factum non eſt, quominus daret bonorum poſſeſſionem. Aus dieſem allen erklärt ſich nun, die in den Edicten des Prätors ſo oft vorkommende Clauſel: *quam primum experiundi poteſtas erit* [27]). Zuweilen iſt die Zeit gemiſcht. Sie kann in der einen Rückſicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile ſeyn [28]). Es giebt einmahl Fälle, wo die Zeit in Abſicht auf ihren Anfang utile, in Rückſicht des Laufes hingegen continuum iſt; das heißt, zuweilen fängt mir eine geſetzliche Friſt nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewiſſen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder ſonſt Gelegenheit geweſen, mein Recht auszuüben; ſie hat aber hernach einen ununter-

26) L. 2. §. 1. D. *quis ordo in poſſeſſ. ſervetur.*

27) L. 1. *pr.* D. *quae in fraud. creditor.* L. 1. *pr.* D. *quod vi aut clam.* L. 1. §. 1. D. *ex quib. cauſ. maiores.* L. 1. *pr.* D. *uti poſſideris.*

28) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 666.

tur; ait enim: *Is dies ſervabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — Adeundi autem facultatem ſemper accipimus, ſi in publico ſui copiam fecit: caeterum ſi non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non acceſſerit? magisque eſt, ut non debeat imputari: *quare ſi in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuiſſe adeundi* [24]). Bey den Römern hieng dieſe facultas adeundi noch inſonderheit von der Verſchiedenheit der Geſchäfte ab, denen ſich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entſtand eine ſehr wichtige Eintheilung der Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptſächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Unterſuchung gerichtlicher Privatrechtsſachen beſtimmt, und hießen *dies ſeſſionum* ſeu *cognitionum*. Andere hingegen waren ſolchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Unterſuchung, auf das bloße Anbringen oder Geſuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was ſein Amt erforderte, und wurden daher *dies poſtulationum* genennt [25]). Wenn nun alſo die Eigenſchaft des Geſchäfts, zu deſſen Verrichtung ein tempus utile vorgeſchrieben war, eine gericht-

24) Ueber dieſe Stelle iſt zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Diſſertat. XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

25) Von dem Unterſchied der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. ſqq. *Franc* POLLETUS in Hiſtoria fori Rom. Lib. I. Cap. 8. et 9. et *Phil* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

gerichtliche Unterſuchung nothwendig machte, ſo konnten bey dieſer Zeitbeſtimmung nur die dies ſeſſionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieſes in einem Beiſpiele von der bonorum poſſeſſio ganz einleuchtend: Dies bonorum poſſeſſionis, ſagt er [26]), utiles eſſe palam eſt; ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modo ea ſit bonorum poſſeſſio, quae de plano peti potuit. Quid, ſi ea, quae cauſae cognitionem pro tribunali deſiderat, vel quae decretum expoſcit? Seſſiones erunt nobis computandae, quibus ſedit is: quibusque per ipſum Praetorem factum non eſt, quominus daret bonorum poſſeſſionem. Aus dieſem allen erklärt ſich nun, die in den Edicten des Prätors ſo oft vorkommende Clauſel: *quam primum experiundi poteſtas erit* [27]). Zuweilen iſt die Zeit gemiſcht. Sie kann in der einen Rückſicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile ſeyn [28]). Es giebt einmahl Fälle, wo die Zeit in Abſicht auf ihren Anfang utile, in Rückſicht des Laufes hingegen continuum iſt; das heißt, zuweilen fängt mir eine geſetzliche Friſt nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewiſſen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder ſonſt Gelegenheit geweſen, mein Recht auszuüben; ſie hat aber hernach einen ununter-

26) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in poſſeſſ. ſervetur.*

27) *L. 1. pr. D. quae in fraud. creditor. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. L. 1. §. 1. D. ex quib. cauſ. maiores. L. 1. pr. D. uti poſſidetis.*

28) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 666.

tur; ait enim: *Is dies ſervabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — Adeundi autem facultatem ſemper accipimus, ſi in publico ſui copiam fecit: caeterum ſi non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non acceſſerit? magisque eſt, ut non debeat imputari: *quare ſi in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuiſſe adeundi* [24]). Bey den Römern hieng dieſe facultas adeundi noch inſonderheit von der Verſchiedenheit der Geſchäfte ab, denen ſich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entſtand eine ſehr wichtige Eintheilung der Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptſächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Unterſuchung gerichtlicher Privatrechtsſachen beſtimmt, und hießen *dies ſeſſionum* ſeu *cognitionum*. Andere hingegen waren ſolchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Unterſuchung, auf das bloße Anbringen oder Geſuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was ſein Amt erforderte, und wurden daher *dies poſtulationum* genennt [25]). Wenn nun alſo die Eigenſchaft des Geſchäfts, zu deſſen Verrichtung ein tempus utile vorgeſchrieben war, eine gericht-

24) Ueber dieſe Stelle iſt zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Diſſertat. XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

25) Von dem Unterſchied der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. ſqq. *Franc* POLLETUS in Hiſtoria fori Rom. Lib. I. Cap. 8. et 9. et *Phil* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

gerichtliche Unterſuchung nothwendig machte, ſo konnten bey dieſer Zeitbeſtimmung nur die dies ſeſſionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieſes in einem Beiſpiele von der bonorum poſſeſſio ganz einleuchtend: Dies bonorum poſſeſſionis, ſagt er [26]), utiles eſſe palam eſt; ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modo ea ſit bonorum poſſeſſio, quae de plano peti potuit. Quid, ſi ea, quae cauſae cognitionem pro tribunali deſiderat, vel quae decretum expoſcit? Seſſiones erunt nobis computandae, quibus ſedit is: quibusque per ipſum Praetorem factum non eſt, quominus daret bonorum poſſeſſionem. Aus dieſem allen erklärt ſich nun, die in den Edicten des Prätors ſo oft vorkommende Clauſel: *quam primum experiundi poteſtas erit* [27]). Zuweilen iſt die Zeit gemiſcht. Sie kann in der einen Rückſicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile ſeyn [28]). Es giebt einmahl Fälle, wo die Zeit in Abſicht auf ihren Anfang utile, in Rückſicht des Laufes hingegen continuum iſt; das heißt, zuweilen fängt mir eine geſetzliche Friſt nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewiſſen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder ſonſt Gelegenheit geweſen, mein Recht auszuüben; ſie hat aber hernach einen ununter-

26) L. 2. §. 1. D. *quis ordo in poſſeſſ. ſervetur.*

27) L. 1. *pr.* D. *quae in fraud. creditor.* L. 1. *pr.* D. *quod vi aut clam.* L. 1. §. 1. D. *ex quib. cauſ. maiores.* L. 1. *pr.* D. *uti poſſidetis.*

28) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 666.

man jedoch die Feiertage vielmehr vom Morgen bis zum Sonnenuntergange, oder bis dahin, da wieder etwas in Gerichten vorgenommen werden kann[41]).

§. 263.

Wem stehet das Recht zu, Gerichtsferien anzuordnen? In wiefern kann denselben entsaget werden?

Das Recht, Gerichtsferien anzuordnen, kommt dem Regenten zu, von dessen Willkühr überhaupt die Bestellung der Gerichte abhängt. Man vermische jedoch damit nicht das Recht, Festtage anzuordnen, welches, so fern von kirchlichen Festtagen die Rede ist, ein Recht der Kirchengewalt ist, in Ansehung weltlicher Feyertage aber der weltlichen Obrigkeit zustehet. Daß jedoch auch der weltliche Regent der Kirche befehlen könne, Festtage, wegen des gemeinen Wohls des Staats, zu feyern, ist ausser Zweifel. Da in den protestantischen Landen die Kirchengewalt dem evangelischen Landesherrn in der Regel zustehet, so beruhet auf desselben Bestimmung alles, was die Feyer der Festtage anbetrifft[42]).

Ob

Commentar. in Decretal. Tit. de feriis §. 1. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta seriem libror. Decretal. lib. II. Tit. 9. §. 6.

41) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß I. Th. §. 48. a) S. 174. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 286. *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris principia ad ordin. Digestor. exposita Dissert. V. §. 4.

42) Man vergleiche hier *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. I. Tit. 4. Hofr. Schnaubert's Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Teutschl. §. 192. ff. und NELLER cit. Diss. P. I. Sect. V.

Ob nun gleich zur Zeit der Ferien in der Regel keine gerichtlichen Handlungen vorgenommen werden, ſo können doch mancherley Ausnahmen hiervon ſtatt finden. Dahin gehört einmal, wenn die Partheyen, ſo weit es ihnen den Rechten nach frey ſtand, mit Genehmigung des Richters auf die Ferien Verzicht gethan haben [43]). Eine ſolche bloß willkührliche Entſagung iſt in Anſehung göttlicher Ferien ſchlechthin verboten [44]). Es kann daher an kirchlichen Feſttagen, ohne offenbare Nichtigkeiten zu begehen, weder mit Einwilligung des Richters [45]) noch der Partheyen Gericht gehalten werden [46]), weil die Feyer ſolcher Feſttage ſowohl in den gemeinen, geiſt- und weltlichen Rechten, als in den landesherrlichen Sabbaths- und andern Verordnungen vorgeſchrieben und beſtimmt, inſonderheit aber die Uebung der Gerichtsbarkeit an ſolchen Tagen namentlich verboten iſt [47]). Allein auch in Anſehung der menſchlichen Ferien findet eine Entſagung nicht

43) *Io. Gottl.* OLEARIUS de renunciatione feriarum. *Regiomonti* 1713.

44) *L.* 7. *Cod. de feriis. Cap. fin. X. eod.* LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 25. *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 608. et 609.

45) Es gilt dieſes von Schiedsrichtern wie von ordentlichen Richtern. *L.* 7. *Cod. de feriis. L.* 1. *D de recept.* Dieſen iſt *L* 36. *D. de recept.* nicht entgegen, welche eigentlich von menſchlichen Ferien zu verſtehen iſt. *de* BERGER Reſolut. legum obſtant. h. t. Qu. 2. *de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 4.

46) *Cap.* 1. *et* 5. *X. de feriis.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. XXXII. medit. 6. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 286.

47) *L.* 2. 3. 7. *et* 11. *pr. Cod. de feriis.*

nicht ohne Unterschied statt, sondern es kommt darauf an, ob sie zur Ehre des Landesherrn angeordnet worden, oder ob sie bloß dem Nutzen und Bedürfnissen der Unterthanen gewidmet sind; wie z. B. Meß- Erndte- und Weinlese-Ferien. Nur auf die letztern können die Partheyen, jedoch anders nicht, als mit Genehmigung des Richters [48]), Verzicht thun [49]); dahingegen in Ansehung der sogenannten feriarum honorariarum eigentlich keine gültige Entsagung statt findet [50]). So wie jedoch in jenem Falle die Entsagung der Ferien sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann, wenn eine Parthey der richterlichen Ladung zu Folge freywillig vor Gericht erscheint, ohne sich der exceptio feriarum zu bedienen;

48) Denn der Richter ist auch in menschlichen Ferien wider seinen Willen Gericht zu halten der Regel nach nicht verbunden. LAUTERBACH Diss. de feriis §. 31. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 5. pag. 120. Diesem ist *L.* 36. *D. de recept.* nicht entgegen, denn wenn Ulpian daselbst sagt: daß ein Schiedsrichter vom Prätor auf Verlangen der Partheyen genöthiget werden könne, auch an Feyertagen ein Urtheil zu sprechen, so ist das von einem solchen Falle zu verstehen, dergleichen Ulpian selbst *L.* 13. §. 3. *D. eodem* anführt: Arbiter ex compromisso his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus iudex non cogetur; *nisi dies compromissi exitura sit, nec proferri possit.* S. VOET in Comment. h. t. §. 6.

49) *L.* 1. §. 1. *L.* 6. *D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. h. t. §. 25. Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 289. und besonders *Io. Tob.* RICHTER selectior. iuris princip. ad ordinem Digestor. expos. Diss. V. §. 6.

50) Arg. *L.* 38. *D. de pact.* *L.* 26. §. 6. *D. ex quib. caus. maiores.* WESENBECIUS in Commentar. in tert. libr. Cod. Tit. de feriis n. 36. LAUTERBACH in Colleg. Pandect. cit. loc. RICHTER cit. loc.

dienen [51]); so verbindet dennoch eine solche Verzichtleistung immer nur die Partheyen. Einem Dritten kann sie nicht präjudiciren. Daher z. B. die von einer Parthey ernannte Zeugen, wenn kein Nothfall vorhanden, zur Zeit der Ferien nicht genöthiget werden können, ein Zeugniß vor Gericht abzulegen [52]).

§. 264.

Welche Sachen können zur Zeit der Ferien und insonderheit an Gott geheiligten Feyertägen vor Gericht gültig vorgenommen werden?

Eine zweyte Ausnahme findet in Ansehung solcher Sachen statt, welche aus einer besondern Begünstigung der Gesetze auch sogar an Gott geheiligten Feyertagen vor Gericht gültig vorgenommen werden können. Zu diesen privilegirten Sachen rechnet man gewöhnlich alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Eben dieses behauptet auch unser Verfasser. Allein daß die Gesetze nur gewisse Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit ihrer frommen Absichten, oder wohlthätigen Wirkungen wegen, nämlich die Manumission, die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, ferner die Schließung eines Vergleichs, auf die bemerkte Art begünstiget haben [53]), ist schon an einem andern Orte dies-

51) *L.* 1. §. 1. *L.* 6. *D. h. t.* LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XXXV. med. 3. scheint zwar anderer Meinung zu seyn, allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Fasc. II. Obs. 139.

52) LAUTERBACH in Colleg. Pand. cit. loc. WESENBECIUS cit. loc. HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2.

53) *L.* 8. *L. fin.* §. 1. *Cod. h. t.*

ses Commentars ausführlicher gezeigt worden [54]). Der Regel nach dürfen also auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, sie mögen eine Untersuchung erfordern oder nicht, an heiligen Fest- und Feyertägen nicht geschehen, insofern nicht eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist [55]). Eben dieses gilt auch von Criminal-Fiskalischen- und Policeysachen, welche man ebenfalls nach der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten, der auch unser Verfasser beypflichtet, von der Regel auszunehmen pflegt. Denn die Gesetze, welche die Feyer der gottesdienstlichen Festtage vorschreiben, sagen ganz bestimmt: actus omnes, *seu publici sunt seu privati*, diebus illis conquiescant [56]). Diejenigen Gesetze aber, die man zur Unterstützung der entgegen gesetzten Meinung anzuführen pflegt, reden theils von menschlichen Ferien [57]), theils von solchen Sachen, deren schleunige Besorgung das Wohl des Staats nothwendig macht [58]). Hieraus ergiebt sich endlich eine dritte

54) S. 2. Buch. Tit. 1. §. 194. S. 96. ff.

55) Im Nothfall kann daher die Aufnahme eines gerichtlichen Testaments auch an einem Sonntage geschehen, ausserdem aber nicht. COCCEJI Iur. Civ. controv. h. t. Qu. 6.

56) *L.* 8. *Cod. de feriis.*

57) Von menschlichen Ferien, und zwar von feriis rusticis reden offenbar die von unserm Verf. angeführten *L.* 3. *et* 9. *D.* und *L.* 5. *Cod. h. t.* Man vergleiche WESENBECII Commentar. ad tert. libr. Cod. h. t. n. 17. BERGER in Resolution. legum obstant. h. t. Qu. 3. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 5.

58) Hierher gehört die von unserm Verf. angeführte *L.* 10. *Cod. h. t.* wo die Tortur der Strassenräuber und Mörder auch an Festtagen erlaubt wird, ne differatur sceleratorum proditio consiliorum, quae per latronum tormenta quaerenda est. S. LAU-

te Ausnahme, daß Sachen, die keinen Aufſchub leiden, zu aller Zeit, folglich auch an Gott geheiligten Feyertagen, vorgenommen werden können [59]).

§. 265.

Von Friſten oder Dilationen. Begrif und Eintheilung derſelben.

Die Strafe des Ungehorſams fällt ferner weg, wenn in Zeiten eine neue Friſt geſucht worden. (§. 260. n. IV.) Unter einer Friſt (dilatio) verſtehet man einen Zeitraum, binnen welchen eine gerichtliche Handlung zu bewirken iſt [60]). Man unterſcheidet davon einen Termin oder Tagefarth, wodurch ein beſtimmter Tag, an welchem eine gerichtliche Handlung vorgenommen werden ſoll, angezeigt wird [61]). Im weitläuftigern Sinne werden jedoch dieſe Benennungen nicht ſelten für gleichbedeutend genommen, und darunter überhaupt die zur Verrichtung einer gerichtlichen Handlung vorgeſchriebene Zeit verſtanden. So z. B. ſagt man eben ſowohl Beweißfriſt als Beweißtermin [62]). Die Verlängerung oder Erſtreckung einer noch nicht abgelaufenen Friſt wird Di-

LAUTERBACH in Diſſ. de feriis §. 16. EMMINGHAUS in notis ad COCCEJI Ius Civ. Controv. h. t. ad Qu. 5. not. y. Tom. I. pag. 204.

59) *Cap. ult. X. de feriis:* verb. niſi neceſſitas urgeat.

60) *Car. Gottl.* KNORRE Diſſ. de recto dilationum uſu. *Halae* 1739. §. 3. Hofmanns teutſche Reichspraxis I. Th. §. 275. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 28.

61) Nettelbladt a. a. O. §. 32.

62) KOCH Diſſ. de initio termini probatorii. *Gieſſae* 1785. §. 2.

lation in der engeren Bedeutung [63]), gewöhnlicher aber die Prorogation einer Frist [64]) genennt. Die Fristen sind nun von mancherley Art, und können sowohl nach dem Unterschiede ihres Zwecks oder Gegenstandes, als nach Verschiedenheit ihres Bestimmungsgrundes, und ihrer Wirkungen eingetheilt werden. Wie verschieden die Fristen in Ansehung ihres Gegenstandes seyn können? ist hier der Ort nicht, auszuführen. Brunnemann [65]) und besonders Herr von Balthasar [66]), geben dem Leser ein vollständiges Verzeichniß davon. In Ansehung ihres Bestimmungsgrundes hingegen werden die Fristen in gesetzliche, richterliche und bedingte oder gewillkührte eingetheilt. 1) Gesetzliche oder Ordnungsfristen werden nicht nur diejenigen genennt, welche durch ausdrückliche Gesetze und Proceßordnungen, sondern welche auch nur durch besondere jedoch unbestrittene Gerichtsgewohnheiten bestimmt sind [67]). Diese sind wieder von zweyerley Art, entweder solche, welche die Gesetze unmittelber den Partheyen selbst vorschreiben, z. B. die zehntäge Appellationsfrist, ferner die funfzehentägige Beweißfrist der vorgeschützten Einrede des Spoliums; oder solche, die nur darum von den Gesetzen bestimmt sind, damit sie dem Richter zur Norm dienen, um den Partheyen eine dergleichen Frist vorzuschreiben. Erstere wer-

63) VOET in Commentar. h. t. §. 10. SCHAUMBURG in compendio iuris Digestor. h. t. §. 6.

64) Nettelbladt a. a. O. §. 28. KOCH cit. loc.

65) in processu civili cap. VI. n. 2. sqq.

66) Tract. iurid. de terminis ac fatalibus iudicialibus eorumque computatione. *Gryphisw. et Lipſ.* 1748.

67) KOCH cit. Diss. §. 3.

werden dilationes legales abſolute tales, letztere aber dilationes legales ſecundum quid tales genennt [68]). Dieſe erfordern jederzeit ein Decret des Richters, welches hingegen die erſtern nicht bedürfen [69]). II) Richterliche Friſten werden diejenigen genennt, deren Beſtimmung in einem jeden einzelnen Falle von der Vorſchrift und Willkühr des Richters abhängt, es ſey nun, daß dieſe richterliche Willkühr entweder ganz uneingeſchränkt, oder dadurch beſchränkt wäre, daß durchs Geſetz mehrere Friſten beſtimmt ſind, aus welchen der Richter in einem jeden vorkommenden Falle eine wählen und vorſchreiben muß [70]). Dieſe werden wieder in peremtoriſche und dilatoriſche eingetheilt, je nachdem ſie entweder im Verſäumungsfalle ein Präjudiz in Anſehung der vor Gericht vorzunehmenden Handlung zur Folge haben, oder nicht [71]). III) Bedingte oder gewillkührte Friſten endlich werden diejenigen genennt, welche durch einen Vertrag und gütliche Uebereinkunft der Partheyen beſtimmt worden. Solche Friſten müſſen jedesmal dem Richter zur Genehmigung, welche jedoch nicht leicht verſagt zu werden pflegt, angezeigt werden [72]). In Anſehung ihrer Wirkungen

68) *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. II. §. 603. und *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 738.

69) *Cap.* 15. X. *de ſentent. et re iudic. Cap.* 4. X. *de in integr. reſtitut.*

70) KOCH cit. Diſſ. §. 3.

71) *Cap.* 3. *et* 4. X. *de dolo et contum. Cap.* 24. X. *de offic. et poteſt. iud. deleg.* BOEHMER cit. Princip. iur. canon. §. 739.

72) *L.* 4. *Cod. de dilat.* Concept der K. G. O. Th. III. Tit. X. §. 13. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 102.

sind die Fristen entweder Nothfristen oder nicht. Erstere, welche auch Fatalien genennt werden [73]), sind solche Fristen, deren Verabsäumung den Verlust der Sache nach sich ziehet. Hier ist also blos von den Nothfristen im Proceß die Rede, welche den streitenden Partheyen vorgeschrieben sind, um binnen denselben eine gewisse Handlung, bey Verlust der Sache, in dem Gerichte zu bewirken. Es werden daher die der Dauer der Klagen und Einreden vorgeschriebene Verjährungszeiten hiervon gänzlich ausgeschlossen [74]). Nothfristen können nun entweder in der Vorschrift der Gesetze, oder in der Vorschrift des Richters, oder in dem Vertrage der streitenden Theile ihren Grund haben. Im erstern Falle werden sie gesetzliche Nothfristen, oder Fatalien in der strengern Bedeutung, im andern richterliche, im dritten gewillkührte Nothfristen genen-

73) In der *L.* 2. *Cod. de temporib. et reparationib. appellation.* werden sie Tempora fatalium dierum genennt. Woher die Benennung FATALIA entstanden sey, untersucht mit vieler Gelehrsamkeit *Leop. Nic.* L. B. *ab* ENDE in Commentat. de fatalium rigore iniquo, poenisque contumaciae temperandis. *Halae* 1737. Cap. I. §. 13. sqq.

74) Zu weit dehnt daher unstreitig *Nic. Christph.* L. B. *de* LYNCKER in Commentat. de Fatalibus. *Ienae et Lipsiae* 1742. 4. den Begriff aus, wenn er §. IV. cit. Comment. sagt: FATALIA sunt *certa quaedam temporum momenta, iuris vel hominis dispositione praefixa, intra quae aut quibus aliquid fieri debet, nisi quis iure suo auxilioque legali excidere, aut quandoque etiam poenam luere velit;* und nun FATALIA 1) actionum in iudicium deducendarum, 2) processus, 3) exercendorum adhibendorumve beneficiorum, 4) iurium, und 5) aliorum actuum expediendorum, quibus quisque sibi prospicere, ac ius suum factum tectumque conservare potest, annimmt.

nennet [75]). Die geſetzlichen Nothfriſten ſind wieder von zweyerley Art. Sie rühren entweder unmittelbar von der Vorſchrift der Geſetze her, ohne daß die Mitwirkung des Richters dabey erforderlich iſt, z. B. das fatale interponendae appellationis; oder ſie müſſen zugleich von dem Richter nach Maasgabe der Geſetze den Partheyen vorgeſchrieben werden, z. E. die Beweißfriſt, wenn eine ſolche durch beſondere Landesgeſetze, Proceßordnungen oder Gerichtsgewohnheiten feſtgeſetzt iſt. Erſtere werden abſolute Nothfriſten, letztere hingegen gemiſchte Nothfriſten genennt. Daß außer den Geſetzen auch der Richter den Partheyen Fatalien vorzuſchreiben befugt ſey, hat um ſo weniger einigen Zweifel, je mehr es demſelben am Herzen liegen muß, daß Proceſſe, die ohne ein ſolches Beſchränkungsmittel gar leicht bis ins Unendliche geſpielt werden könnten, ein gewiſſes Ende gewinnen [76]). Es können aber auch die Partheyen ſelbſt durch eine gütliche Uebereinkunft Fatalien eben ſo gut unter ſich feſtſetzen, als ſie ſich in auſſergerichtlichen und nicht ſtreitigen Geſchäften auf den Fall, da ſie ihre Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllen würden, ſich verwillkühren können, daß ſie ſodann gewiſſer Anſprüche oder Befugniſſe verluſtig ſeyn wollen. Man denke hier nur an den commiſſoriſchen Vertrag.

75) Dieſe Eintheilung ſcheint mir richtiger zu ſeyn, als wenn man ſie in *fatalia iuris*, *fatalia hominis* und *fatalia mixta* eintheilt.

76) L. 13. *pr. Cod. de iudiciis.*

§. 266.

In wieferne können Fristen erstrecket oder abgekürzt werden? Wenn eher ist die Prorogation zu suchen? Kann der Richter auf Verabsäumung derselben von Amtswegen erkennen? Wie sind Nothfristen in Zweifel zu erklären?

Da zufällige Hindernisse es den Partheyen nicht selten unmöglich machen, binnen der vorgeschriebenen Frist ihre Rechtsnothdurft zu beobachten, so halten die Gesetze nicht nur das Gesuch um Fristerstreckung an sich für billig [77]), sondern sie verbinden auch sogar den Richter, die gebetene neue Frist zu verstatten [78]). Wenn nun gleich in Ansehung der Fristen selbst, deren Prorogation gesucht wird, kein Unterschied ist, ob sie gesetzliche, richterliche, oder gewillkührte sind, indem auch Ordnungsfristen aus rechtmäsigen Ursachen vom Richter ohne allem Zweifel erstrecket werden können [79]); so ist doch in Ansehung der gesetzlichen Nothfristen der Unterschied zwischen absoluten und gemischten Nothfristen nicht unbemerkt zu lassen, indem erstere die besondere Eigenschaft haben, daß sie weder vom Richter, noch von den Partheyen verlängert werden können [80]). Eben dieser Unterschied findet statt,

77) Humanum est, so rescribiren die DIVI FRATRES beym Callistratus *L.* 36. *pr. D. de iudiciis*, propter fortuitos casus dilationem accipi. Man vergleiche über diese Stelle WESTENBERGII Divum Marcum Dissert. IV.

78) *L.* 1. *C. de dilat.* Quoniam plerumque evenit, ut iudex instrumentorum vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur; spatium instructionis exhibendae postulatum dari convenit.

79) *L.* 2. *L.* 4. §. 5. *D. de re iudic.* VOET ad Pandect. h. t. §. 12.

80) K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 29. §. 2. und Concept der K. G. O. Th. II. Tit. 32. §. 1. KNORRE cit. Diss.

ſtatt, wenn die Frage entſtehet, ob eine geſetzlich beſtimmte Friſt vom Richter abgekürzt werden könne? Der Regel nach ſtehet zwar dem Richter eine ſolche Befugniß nicht zu, denn der Richter darf nicht ſtrenger ſeyn als das Geſetz, und kann daher eine Parthey nicht eher ihres Rechts verluſtig erklären, als wenn ſie dieſe Strafe nach den Geſetzen verwirkt hat [81]). Iſt jedoch von abſoluten Nothfriſten die Rede nicht, ſo verſtatten zuweilen die Geſetze dem Richter aus rechtmäſigen Urſachen eine Abkürzung der in denſelben beſtimmten Friſten, wenn ſolche der beſondere Faveur der Sache, oder die Gefahr des Verzugs, oder Verhüthung einer Chikane nothwendig macht [82]).

Wenn nun alſo eine auferlegte gerichtliche Handlung binnen der vorgeſchriebenen Friſt nicht kann verrichtet werden, ſo muß in Zeiten um Verlängerung derſelben, und alſo um eine neue Friſt gebeten werden. Um dieſes

Diſſ. de recto dilationum uſu §. XII. et XX. *ab* ENDE cit. commentat. de fatalium rigore iniquo. Cap. I. §. 19. pag. 47. Hofmanns teutſche Reichspraxis 1. Th. §. 279. Verſchiedene Rechtsgelehrten ſind zwar anderer Meinung. Sie behaupten, daß die Partheyen ſogar das fatale interponendae appellationis durch eine gütliche Uebereinkunft verlängern könnten. S. *Io. Chriſt. Car.* IAN Diſſ. de prorogatione et coarctatione conventionali fatalis interponendae appellationis. *Gieſſae* 1787. Allein Herr Prof. Klüber in der kleinen juriſtiſchen Bibliothek 5. Bandes 20ſtes Stück. S. 479. f. hat dieſe Meinung gründlich widerlegt.

81) VOET ad Pandect. h. t. §. 13. KNORRE cit. Diſſ. §. 21.

82) *L. 2. D. de re iudic.* Qui pro tribunali cognoſcit, non ſemper tempus iudicati ſervat, ſed *nonnunquam arctat*, nonnunquam prorogat, *pro cauſae qualitate et quantitate, vel perſonarum obſequio vel contumacia.*

dieses richtig zu bestimmen, macht unser Verfasser zwischen Noth- und anderen Fristen einen Unterschied. In Ansehung der erstern muß die Verlängerung, so weit dieselbe den Rechten nach zulässig ist, noch vor dem Ablauf derselben gesuchet werden, weil durch Verabsäumung einer Nothfrist der andere Theil ein Recht erwirbt, auf Präclusion in Ansehung der auferlegten aber unterlassenen Handlung selbst zu dringen. Ist hingegen nicht von Nothfristen die Rede, so kann die neue Frist so lange immer noch gebeten werden, als noch keine Ungehorsamsbeschuldigung erfolgt ist. Ein unvermuthetes und unabwendliches Hinderniß erstreckt jedoch die Frist ipso iure, und schließt die Beschuldigung des Ungehorsams aus [83]). Noch ist in Ansehung der Nothfristen zu bemerken, daß, wenn sie absolute Fatalien sind, deren Verabsäumung den unmittelbaren Verlust des Rechts zur Folge hat, dieselben keiner Ungehorsamsbeschuldigung bedürfen, sondern der Richter von Amtswegen auf deren Verabsäumung erkennen müsse [84]). Im Zweifel sind jedoch Fatalien immer eher für berichtigt als für versäumt zu halten. Diese Vermuthung gründet sich auf Billigkeit, welche hier dem strengen Recht vorzuziehen ist. Zu Folge derselben ist daher, wenn die Sache zweifelhaft ist, jederzeit für diejenige Parthey zu sprechen, welche einer Desertion beschuldiget wird [85]).

Bey

83) MEVIUS T. II. P. VIII. Decis. 203. BOEHMER Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 6.

84) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 279.

85) L. B. a WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 422. BOEHMER in Consil. T. II. P. I. Cons. CCCCXXXVII. n. 20.

Bey conventionellen Friſten hängt zwar alles von der Verabredung der ſtreitenden Partheyen ab; jedoch iſt das richterliche Ermeſſen dabey keinesweges auszuſchlieſen. Es können daher ſolche Friſten aus erheblichen Urſachen vom Richter ſowohl eingeſchränkt als erweitert werden [86]).

§. 267.

Stillſchweigende Friſtverlängerung. Berechnung der Friſten. Rechtmäſige Einſchränkung derſelben.

Iſt eine Friſt zu rechter Zeit geſuchet worden, aber keine Reſolution darauf erfolgt, ſo iſt entweder ein ſolcher Fall vorhanden, da die Geſetze keine weitere Friſterſtreckung geſtatten, oder nicht, im erſtern Fall wird ſie für ſtillſchweigend abgeſchlagen, im letztern aber für ſtillſchweigend ertheilt gehalten [87]). Jedoch muß alsdann auch die auferlegte Rechtshandlung binnen den gebetenen Zeitraum ſchlechterdings bey Strafe der Präcluſion eingebracht werden [88]). Die Friſterſtreckung wird übrigens allemal erſt vom Ablauf der vorigen Friſt angerechnet.

n. 20. Hofmanns teutſche Reichspraxis §. 279. Not. c. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. II. Th. XIII. Hauptſt. §. 215. zu Ende.

86) KNORRE cit. Diſſ. §. 25.

87) Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceſſes I. Th. §. 139. u. 144. Hofmanns teutſche Reichspraxis I. Th. §. 281. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 102. Nettelbladts Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 202.

88) MEVIUS in Deciſion. Tom. II. P. VI. deciſ. 213.

net [89]). Es wird auch bey Berechnung der Fristen der Tag, an welchem das Dilationsdecret insinuirt worden ist, nicht mitgezählet [90]). Da Fristen ihrem eigentlichen Endzwecke nach dazu dienen sollen, damit keine Partheyen in Beobachtung ihrer Rechtsnothdurft übereilt werde, und in dieser Hinsicht allerdings rechtliche Begünstigung verdienen, so darf ein Fristgesuch im Zweifel nicht versaget werden [91]). Indessen dürfen doch auch Fristsuchungen nie zur Verzögerung des Rechtslaufs gemißbraucht werden. Daher ist keine Frist ohne Noth zu verstatten [92]). Wer also durch das Dilationsgesuch von dem Richter eine Verlängerung der Frist zu erhalten für nöthig findet, muß seine darauf gerichtete Bitte dadurch unterstützen, daß er Ehehaften (§. 260.) anführt, welche die Gewährung seines Gesuchs nothwendig machen, oder doch so beschaffen sind, daß die Billigkeit dieselbe erfordert [93]). Gemeiniglich wird jedoch die erste Frist verlängert.

89) MEVIUS P. VI. Decision. 28. L. B. *a* WERNHER in Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 310. *Aug. de* BALTHASAR Tract. de terminis ac fatalib. iudicial. eorumque computatione. Cap. IV. §. 5. Claproth a. a. O. Rettelbladt im angef. Buch §. 31.

90) KNORRE cit. Diss. §. 24.

91) Estor in den angef. Anfangsgründen §. 141. und 144. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 740.

92) *L. 7. D. h. t. L. 36. pr. D de iudiciis. L. 1. et 4 Cod. de dilationib. L. 2. Cod. de temp. et reparat. appellat.* Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 103. WESTENBERG in Divo Marco Diss. IV. §. 2. sqq. KNORRE cit. Dissert. §. 14. Estor a. a. O. §. 145.

93) Rettelbladt in der angef. Anleitung zu der ganzen pract. Rechtsgelahrth. §. 201.

verlängerung auf das bloße Gesuch, ohne erforderliche Ausführung und Bescheinigung besonderer Hindernisse, ertheilet [94]).

§. 268.

Wie oft kann eine neue Frist gesucht werden?

Noch ist die Frage zu erörtern, wie viel Fristen einer Parthey auf ihr Gesuch verstattet werden können? Unser Verfasser behauptet, daß hierbey alles auf richterlicher Willkühr beruhe. Allein wenn dieses gleich die gemeine Lehre vieler Rechtsgelehrten [95]) ist, so stimmen doch die Gesetze damit nicht überein [96]). Denn nach klarer Vorschrift derselben soll im bürgerlichen Processe **über einmal** keine Frist erstrecket werden [97]). Auch selbst die Beweisfrist ist von dieser Regel nicht ausgenommen. Vielmehr sagen die Kr. Diocletian und Maximian [98]) ganz ausdrücklich: Quod ita constitutum

94) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 463. n. 7. *Christ.* ITZSTEIN Diss. de usu recessus Imp. novissimi de a. 1654. in iudiciis moguntinis. (*Moguntiae* 1787.) Obs. 2.

95) LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. h. t. §. 34. *Iust. Henn.* BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 9. u. a. m.

96) Eben dieses haben auch schon andere Rechtsgelehrten erinnert, und daher jene Meinung verworfen; man vergleiche *Casp.* ZIEGLER in Dicastice. Concl. 28. *Io. Tob.* RICHTER in selectior. iuris princip. Diss. V. §. 7. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

97) *L. ult. D. h. t.* Jüngst. Reichsabsch. §. 103.

98) *L.* 1. *Cod. de dilationibus.* Daß in diesem Gesetz nicht von der Bestimmung der Beweisfrist selbst, sondern blos von Erstreckung

tum iudicantes ſentire debebunt, *ut hac ratione non ſibi conceſſum intelligant dandae dilationis arbitrium*, ſed eandem dilationem, *ſi rerum urgentiſſima ratio flagitaverit, et neceſſitas deſideratae inſtructionis exegerit*, non facile amplius quam ſemel, nec ulla trahendi arte ſciant eſſe tribuendam. Nur bey einem eintretenden neuen ganz unvermutheten Hinderniß ſoll ein wiederholtes Friſtgeſuch ſtatt finden [99]), jedoch auch dieſes anders nicht, als wenn ſolches genugſam beſcheiniget und mittelſt Eides für Gefährde noch beſtärket wird [100]). Zwar behauptet Hellfeld, daß erſt dann, wenn zum drittenmal um Friſtverlängerung gebeten wird, dieſe geſetzmäſige Feyerlichkeit, — ſo nennt man die bey wiederholtem Friſtgeſuch erforderliche Eidesleiſtung für Gefährde, — zu beobachten ſey. Eben dieſes iſt die Meinung mehrerer Rechtsgelehrten [1]). Allein auch dieſe Meinung beruhet auf einem Mißverſtande der Geſetze. Der jüngſte Reichsabſchied [2]) ſagt nur, daß ſchon bey der dritten Dilation diejenige Feyerlichkeiten der Rechte, die bey der vierten bishero gebräuchlich geweſen [3]), in Acht genom-

ſtreckung derſelben die Rede ſey, hat gegen LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 258. med. 2. gründlich erwieſen KNORRE cit. Diſſertat. §. 17.

99) *L. 7. D. h. t.* Oratione quidem D. MARCI amplius quam ſemel non eſſe dandam inſtrumentorum dilationem, expreſſum eſt; ſed utilitatis litigantium gratia, cauſa cognita, et iterum dilatio impertiri ſolet; et maxime *ſi aliquid inopinatum emergat.*

100) Jüngſt. Reichsabſch. vom J. 1654. §. 50.

1) BOEHMER in iure Digeſtor. h. t. §. 9. Danz Grundſätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 463. S. 614.

2) In dem angef. §. 50.

3) K. R. Kammergerichtsordn. I. Th. Tit. 92. Concept der K. G. O. Th. III. Tit. 21. §. 10.

genommen werden ſollen. Dieſe dritte Dilation iſt aber nicht eine dritte Friſterſtreckung, wie man glaubt. Denn die erſte Dilation iſt hier die der Parthey vorgeſchriebene Beweisfriſt ſelbſt, von welcher in der bemerkten Stelle des jüngſten Reichsabſchiedes die Rede iſt. Folglich iſt die dritte Dilation erſt die zweyte Friſtverlängerung [4]). Die aus dem römiſchen und canoniſchen Rechte [5]) angeführten Stellen reden gar nicht von der Erſtreckung der Beweisfriſt, ſondern, wie ſchon Stryk [6]) bemerkt hat, von der Production der Zeugen, welche zum viertenmahl nicht anders, als nach geleiſteten Eid für Gefährde, verſtattet werden ſoll. Iſt das angeführte Hinderniß notoriſch, ſo wird der Eid für Gefährde nicht für nöthig gehalten [7]). Man behauptet auch, daß der Richter ſolchen aus hinreichenden Gründen den Partheyen nachzulaſſen berechtiget ſey [8]), welches jedoch andere darum nicht ohne Grund bezweifeln, weil dieſer Eid aus der Vorſchrift der Geſetze herrührt, von welcher der Richter nicht nach Willkühr abgehen darf. Wenigſtens dürfte doch der Eid nicht ohne Einwilligung des

4) Man ſehe hier beſonders WERNHER in lectiſſimis commentat. ad Pand. h. t. §. 9. pag. 223. und *Ge. Lud.* BÖHMER in Princip. iuris canon. §. 740.

5) *Nov. XC. cap. 4. Cap. penult. X. de teſtibus.*

6) in Uſ. mod. Pandectar. h. t. §. 18.

7) BARTH Diſſenſ. in praxi Centur. II. Diſſ. 124. §. 2. Hofmanns T. Reichspraxis I. Th. §. 282. Not. r. *Ge. Lud.* BÖHMER c. l. §. 740.

8) de BERGER in Elect. disceptat. forenſ. Tit. XX. p. 674. *Iuſt. Ilenn.* BÖHMER in Iur. Eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. II. Tit. VIII. §. 3. Danz in den angef. Grundſätzen §. 463. S. 614.

des Gegentheils nachgelassen werden [9]). Sollten ganz unabwendliche, noch immer fortdaurende Hindernisse vorhanden seyn, so ist unter solchen Umständen der Richter eine Ausnahme zu machen wohl befugt [10]), und in dieser Hinsicht läßt sich behaupten, daß bey Fristverlängerungen das richterliche Ermessen nicht ganz auszuschließen sey.

Uebrigens behauptet unser Verf. noch zum Beschluß, daß eine Frist, wenn sie auch durch ein falsches Vorgeben erschlichen worden, dennoch ihre Wirkung nicht verliere. Allein auch dieser Satz läßt sich mit der Rechtsanalogie nicht vereinigen, und wird von den meisten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet [11]).

§. 269. a.

Von den verschiedenen Berechnungsarten der Zeit, und denen daher entstehenden Eintheilungen derselben. 1) Berechnung des *temporis continui* und *utilis*.

Nicht nur den gerichtlichen, sondern auch den außergerichtlichen Handlungen der Menschen haben die Gesetze mancherley Zeitfristen an Jahren, Monaten und Tagen vorgeschrieben, von deren Berechnungsart noch kürz-

9) MEVIUS in Decision. T. II. Part. VI. Decis. 54. Estors Anfangsgründe des gemein. und R. Processes §. 147. N. III.

10) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 2. Th. §. 131. S. 101. MEVIUS P. II. Decis. 368. et. 369.

11) MEVIUS T. II. P. IX. Decis. 24. *Iust. Henn.* BÖHMER in Iur. Eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXXII. §. 44. Nr. V. pag. 827. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. XVII. Not. 8. BARTH Dissens. in praxi Centur. II. Diss. 126. Hofmanns T. Reichspraxis §. 282.

kürzlich zu handeln iſt [12]). Eine der gewöhnlichſten Eintheilungen der Zeit, die wir im römiſchen Rechte finden, iſt diejenige, da ſie in ein tempus continuum und utile eingetheilet wird [13]). Unter TEMPUS CONTINUUM wird eine ſolche Zeit verſtanden, die beſtändig und ununterbrochen fortläuft, bey deren Berechnung alle Tage, ſo wie ſie auf einander folgen, gezählet werden, unangeſehen, ob ſie Feyer- oder Gerichtstäge ſind, ob man Gelegenheit, ſein Recht zu verfolgen, gehabt hat, oder nicht. Sogar keine Unwiſſenheit, wenn ſie auch ganz ſchuldlos iſt, ſie betreffe das Recht, oder Thatſachen, kann den Lauf einer ſolchen Zeit hindern [14]). Dasjenige TEMPUS hingegen wird UTILE genennt, bey deſſen Berechnung nur allein diejenigen Tage gezählet werden, wo man ganz ungehindert ſein Recht auszuüben oder gerichtlich zu verfolgen im Stande war. Feyertage, Unwiſſenheit, Abweſenheit, und andere Hinderniſſe unterbrechen daher den Lauf dieſer

12) Man bemerke hier EUSTATHII, Anteceſſ. olim Conſtantinopolitani, de veria temporum in iure civili obſervatione libellus. *Baſiliae* opera *Simon.* SCHARDII 1561. 8. (et in LEUNCLAVII *Iure Graeco Rom.*) *Alb.* GENTILIS Lib. de diverſis temporum appellationibus *Vitemb.* 1546. 8. *Io. Car.* ANTONELLI Tr. de tempore legali. *Romae* 1660. fol. LAUTERBACH Diſſ. de varietate temporum. *Tubing.* 1659.

13) *Marc. Ant.* BARDI Opuſc. de tempore utili et continuo, in *Tractatu Tractatum* T. V. f. 210. ſqq. *Io. Frid.* BILGER Diſſ. de diebus continuis. *Altorfii* 1709. *Chriſt. Aug.* STÖLTZER Exercit. iuris civ. de temporis continui et utilis computatione. *Lipſiae* 1791.

14) L. 8. D. *de his qui not. infam.* L. *ult.* C. *dolo*, L. 3. C. *de praeſcript. XXX. vel. XL. annor.* L. 5. C. *ad L. Iul. de adult.*

ser Zeit. Ulpian [15]) bestätiget dieses ganz deutlich, wenn er *lib.* 49. *ad Edictum* sagt: Ita autem UTILE TEMPUS est, ut singuli dies in eo utiles sint: scilicet, ut per singulos dies et sciverit et potuerit admittere (*bonorum possessionem*); caeterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Es kommt demnach bey der Berechnung des temporis utilis, wenn insonderheit von Rechtsmitteln und Klagen die Rede ist, wie eben dieser römische Jurist an einem andern Orte, *lib.* 47. *ad Edictum* [16]) sehr genau ausführt, auf drey Hauptpuncte an: a) in Ansehung des Klägers, *ut sit facultas agendi.* Hierzu ist aber noch nicht hinreichend, daß der Kläger ungehindert sey, die Klage anzustellen, sondern er muß auch wissen, daß ihm das Recht zu klagen zustehe. Daher sagt Cajus [17]) qui nescit, is videtur experiundi potestatem non habere. Jedoch entschuldiget bey dieser Zeitberechnung nur eine Unwissenheit in Ansehung der Thatumstände, nicht in Ansehung des Rechts [18]), wenn nicht etwa der Kläger eine solche Person ist, welcher die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, wie z. E. Minderjährige, Weibspersonen, Soldaten [19]). Ist also der Kläger gehindert, seine Klage anzustellen, so läuft ein tempus utile

15) *L.* 2. *pr. D. quis ordo in possessionib. servetur.*

16) *L.* 1. *D. de divers. temporal. praescript.*

17) *L.* 6. *D. de Calumniat.* Add. *L. ult. C. de dolo malo.*

18) *L.* 1. §. 1. *D. de iur. et facti ignor. L.* 10. *D. de bonor. possession.* und *L.* 6. *C. qui admitti ad bonor. possess.* Conf. *Rud* FORNERIUS Lib. II. Rerum quotidianar. c. 14. in OTTONIS *Thes iur. Rom.* T. II. pag. 175.

19) *L.* 9. §. 1. *D. de iur. et facti ign.*

utile nicht, wenn gleich der Beklagte zur Antwort bereit geweſen, auch genug Gerichtstäge gehalten worden [20]). Allein es wird auch b) von Seiten des Beklagten erfordert, *ut experiundi ſecum faciat poteſtatem*, wie Ulpian a. a. O. ſagt. Wenn daher auch der Kläger ungehindert wäre, ſo läuft doch die Zeit nicht, wenn ſich bey dem Beklagten Umſtände finden ſollten, weßhalb man ihn nicht verklagen kann [21]). Endlich, wenn auch beyde Theile ungehindert wären, ſo kommt es c) noch darauf an, *ut magiſtratus quoque vel judex, coram quo cauſa agitur, ſui copiam faciat*, welches Ulpian zur Berechnung des temporis utilis ausdrücklich erfordert [22]). Es kommt alſo hauptſächlich auch darauf an, ob Gerichtstag geweſen. Denn nur dieſe Tage werden gezählt. Ulpian erläutert dieſes an einem andern Orte [23]), durch das Beiſpiel der Appellationsfriſt ſehr genau. Dies autem iſtos, ſagt er, quibus appellandum eſt, ad aliquid *utiles* eſſe, Oratio D. MARCI voluit, ſi forte ejus, a quo provocatur, copia non fuerit, ut ei libelli den-

20) *L.* 4. *D. de div. temp. praeſcr.* und *L.* 25. *D. de ſtipulat. ſervor.* ſcheinen zwar zu widerſprechen; allein CUJACIUS lib. XVI. Obſervat. cap. 38. hat dieſe Stellen ganz richtig von dem Fall erklärt, wo ſich der Beklagte ſelbſt eine gewiſſe Zeit geſetzt hat, binnen welcher allein er haften will. Siehe auch Weſtphals Syſtem des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Beſitz ꝛc. §. 811. S. 620.

21) Beyſpiele hiervon werden angeführt in der *L.* 1. *§.* 1. *L.* 21—26. *et* 28. §. 4. *D. ex quib. cauſ. maior.*

22) *L.* 1. *D. de div. temp. praeſcr.* Illud utique neminem fugit, experiundi poteſtatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit. *Proinde bi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit.*

23) *L.* 1. *§.* 7. 8. *et* 9. *D. quando appelland. ſit.*

tur; ait enim: *Is dies ſervabitur, quo primo adeundi facultas erit.* — Adeundi autem facultatem ſemper accipimus, ſi in publico ſui copiam fecit: caeterum ſi non fecit, an imputetur alicui, quod ad domum ejus non venerit, quodque in hortos non acceſſerit? magisque eſt, ut non debeat imputari: *quare ſi in publico ejus adeundi facultas non fuit, melius dicetur, facultatem non fuiſſe adeundi* [24]). Bey den Römern hieng dieſe facultas adeundi noch inſonderheit von der Verſchiedenheit der Geſchäfte ab, denen ſich der Prätor vor Gericht widmete. Daher entſtand eine ſehr wichtige Eintheilung der Gerichtstäge, die auf die Berechnung des temporis utilis einen hauptſächlichen Einfluß hatte. Einige waren bloß zur Unterſuchung gerichtlicher Privatrechtsſachen beſtimmt, und hießen *dies ſeſſionum* ſeu *cognitionum*. Andere hingegen waren ſolchen Sachen gewidmet, bey denen der Prätor, ohne alle Unterſuchung, auf das bloße Anbringen oder Geſuch einer Parthey dasjenige verfügen konnte, was ſein Amt erforderte, und wurden daher *dies poſtulationum* genennt [25]). Wenn nun alſo die Eigenſchaft des Geſchäfts, zu deſſen Verrichtung ein tempus utile vorgeſchrieben war, eine gericht-

24) Ueber dieſe Stelle iſt zu vergleichen *Io. Ortw.* WESTENBERGII Divus Marcus. Diſſertat. XLII. (*Operum* Tom. III. pag. 363.)

25) Von dem Unterſchied der Gerichtstage bey den Römern handeln vortreflich *Iac.* RAEVARDUS Protribunalium Cap. 1. 6. 7. 8. et 9. *Sibr. Tet.* SICCAMA de iudicio centumvirali Lib. II. cap. 1. *edit. Zepernik.* p. 115. ſqq. *Franc* POLLETUS in Hiſtoria fori Rom. Lib. I. Cap. 8. et 9. et *Phil* BROIDAEUS in Corollar. ad Eundem; *Ge.* NOODT de iurisdictione et imper. Lib. I. cap. 10.

gerichtliche Unterſuchung nothwendig machte, ſo konnten bey dieſer Zeitbeſtimmung nur die dies ſeſſionum, und keine andere Gerichtstäge gezählet werden. Ulpian zeigt dieſes in einem Beiſpiele von der bonorum poſſeſſio ganz einleuchtend: Dies bonorum poſſeſſionis, ſagt er [26]), utiles eſſe palam eſt; ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modo ea ſit bonorum poſſeſſio, quae de plano peti potuit. Quid, ſi ea, quae cauſae cognitionem pro tribunali deſiderat, vel quae decretum expoſcit? Seſſiones erunt nobis computandae, quibus ſedit is: quibusque per ipſum Praetorem factum non eſt, quominus daret bonorum poſſeſſionem. Aus dieſem allen erklärt ſich nun, die in den Edicten des Prätors ſo oft vorkommende Clauſel: *quam primum experiundi poteſtas erit* [27]). Zuweilen iſt die Zeit gemiſcht. Sie kann in der einen Rückſicht ein tempus continuum, und in einer andern zugleich ein tempus utile ſeyn [28]). Es giebt einmahl Fälle, wo die Zeit in Abſicht auf ihren Anfang utile, in Rückſicht des Laufes hingegen continuum iſt; das heißt, zuweilen fängt mir eine geſetzliche Friſt nicht eher zu laufen an, als bis ich Nachricht von einem gewiſſen Vorfall erhalten habe, wovon die Ausübung meines Rechts abhängt, oder ſonſt Gelegenheit geweſen, mein Recht auszuüben; ſie hat aber hernach einen ununter-

26) *L. 2. §. 1. D. quis ordo in poſſeſſ. ſervetur.*

27) *L. 1. pr. D. quae in fraud. creditor. L. 1. pr. D. quod vi aut clam. L. 1. §. 1. D. ex quib. cauſ. maiores. L. 1. pr. D. uti poſſidetis.*

28) Man vergleiche hier Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 666.

brochenen Fortgang. Ein Beispiel hiervon giebt uns die legale Deliberationszeit von einem Jahre, die dem Erben, ohne daß er darum zu bitten braucht, schon nach den Gesetzen zustehet. Diese Zeit wird erst von dem Tage an gerechnet, da der Erbe erfahren, daß ihm die Erbschaft zugefallen sey. Läuft aber alsdann ununterbrochen fort [29]). Hierher gehört auch die gesetzliche Appellationsfrist, welche nach dem neuern Röm. Rechte zehen Tage beträgt [30]). Diese fängt erst von der Zeit zu laufen an, wo man theils von dem ergangenen richterlichen Erkenntniß hinreichende Wissenschaft erlangt, theils aber auch Gelegenheit gehabt hat, dem Richter die Appellationsschrift zu überreichen [31]). Uebrigens aber werden in dem Laufe derselben alle Tage, auch Feyer- und Festtage, gezählet [32]). Zum andern giebt es Fälle, wo die Zeit im Anfange continuum und im Fortgange utile ist; das heißt: zuweilen wollen die Gesetze, daß der vorgeschriebene Zeitraum mir sogleich laufen solle, sobald ein gewisses Factum sich ereignet hat; wenn ich auch gleich noch keine Wissenschaft von demjenigen

29) *L.* 19. *Cod. de iure deliber.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 548.

30) *Nov. XXIII. cap.* 1. Nach dem ältern römischen Rechte waren in eigenen Sachen nur zwey, in fremden aber drey Tage gesetzt. *L.* 1. §. 5. 11. *et sqq. L.* 2. *pr. et* §. 1. *et* 3. *D. quando appelland. L.* 3. *D. et L.* 6. *Cod. de appellat.*

31) *L.* 1. §. *ult. D. quando appell. Nov. XXIII. c.* 1. *L.* 1. §. 7. *D. quando appelland.*

32) *Conr.* RITTERSHUSIUS in Iure Iustinianeo P. X. Cap. I. §. 6. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XLII. §. 6. *Car. Christph.* HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 178.

nigen Thatumstande erhalten habe, von welchem doch eigentlich die Ausübung meines Rechts abhängt; übrigens aber sollen in dem Laufe dieser Zeit nur dies utiles gezählet werden. Zum Beyspiel können die Aedilitzischen Klagen dienen. Der Zeitpunct, von welchem die Dauer dieser Klagen angerechnet wird, ist, wenn keine Stipulation der Fehler wegen errichtet worden, die Zeit des Verkaufs, nicht die Zeit, da der Käufer den Fehler erfahren [33]), es wäre denn, daß der Fehler so verborgen und versteckt gewesen, daß auch der aufmerksamste Käufer denselben nicht eher hätte entdecken können [34]). Ausserdem ist die Zeit dieser Klagen ein tempus utile, in deren Laufe nur diejenigen Tage gezählet werden, an welchen Gelegenheit, und kein Hinderniß, gewesen, Klage zu erheben [35]). Hieraus ergiebt sich nun, daß es eigentlich viererley Arten giebt, das tempus continuum und utile zu berechnen.

I) Kann eine gesetzliche Zeit sowohl in Rücksicht ihres Laufes als Fortgangs ein tempus continuum seyn. Man kann dieses ein *tempus plene continuum* nennen. Diese Berechnungsart findet bey dem Trauerjahre der Wittwen [36]), dem zweyjährigen Zeitraum bey der

33) *L.* 19. §. 6. *L.* 20. *D. de aedilit. edict. L.* 2 *Cod. de aedilit. action.* Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 479. f.

34) *L.* 55. *D. de aedilit. edict.*

35) *L.* 19. *§. ult. D. L.* 31. §. 22. *D. eod.* Westphal a. a. O. §. 478.

36) *L.* 8. *D. de his, qui not. infam.*

Ausflucht des nicht gezahlten Geldes [37]), den gerichtlichen Dilationen [38]), der acquisitiven Verjährung [39]), u. d. gl. statt.

II) Kann eine gesetzliche Frist sowohl in Absicht auf ihren Anfang, als in Absicht auf den Lauf derselben ein tempus utile seyn. Dies kann man ein *tempus plene* oder *perpetuo utile* nennen. Ein vorzügliches Beyspiel davon giebt die Zeit, binnen welcher die Bonorum possessio gebeten werden muß. Diese fängt erst an zu laufen, wenn man nicht nur hinreichende Wissenschaft von dem Tode des Erblassers, und denjenigen Thatumständen erhalten hat, unter welchen einem die bonorum possessio deferirt worden [40]), sondern auch sonst

37) *L.* 14. *pr.* C. *de non numer. pec.* §. *un.* I. *de litter. obligat.*

38) *L.* 3. *Cod. de dilation.* *L.* 2. *Cod. de temp. et repar. appell.*

39) *L.* 31. §. 1. D. *de usurpat. et usucap.* *L. ult. Cod. de praescript. longi temp.* *L.* 3. C. *de praescr.* XXX. *vel* XC. *annor.* *L.* 1. §. *ult.* C. *de ann. except.* *L. ult. Cod. de fund. patrimon.* Bey der extinctiven Verjährung kommt es auf die Dauer der Klagen und zuständigen Rechtsmittel an, unter denen einige sind, die ein tempus utile zu ihrer Dauer haben, andere, denen ein tempus continuum gesetzt ist. Zu den letztern gehört die bürgerliche Erbschaftsklage. Zu den erstern aber die Klage wider eine Witwe, welche durch fälschlich vorgegebene Schwangerschaft den Besitz der Verlassenschaft ihres Mannes erhalten. *L. un.* §. 3. D. *si mulier ventris nomine in possess. calumniae causa esse dic.* Ferner das Interdictum unde vi. *L.* 1. §. 39. D. *de vi et vi armata*, *L.* 2. C. *unde vi.* Interdictum uti possidetis. *L.* 1. *pr.* D. *uti possid.* u. d. m.

40) *L.* 10. D. *de bonor. possess.* *L.* 2. *pr. et* §. *ult.* D. *quis ordo in possession. servet.* Scientiam autem eam observandam

POM-

ſonſt dieſelbe gerichtlich zu agnoſciren durch nichts gehindert iſt [41]); und in dem Laufe derſelben werden nur diejenigen Tage gezählet, da der Prätor vor Gericht diejenige Art der bonorum poſſeſſio zu ertheilen pflegt, von welcher die Frage iſt. So z. B. wurden bey einer ſolchen bonorum poſſeſſio, die ohne vorhergehende Unterſuchung de plano verfügt werden kann, nur die dies poſtulationum, nicht die dies ſeſſionum, und letztere hingegen nur allein bey einer ſolchen bonorum poſſeſſio gezählet, die eine vorhergehende Unterſuchung und obrigkeitliches Decret erfordert [42]).

III) Kann ein geſetzlicher Zeitraum nur in Rückſicht ſeines Anfanges utile, in Rückſicht ſeines Laufes aber continuum ſeyn. Die Geſetze nennen eine ſolche Zeit ein *tempus ad aliquid utile* [43]). Beyſpiele ſind oben angeführt worden. Endlich

IV) Kann eine geſetzliche Zeit nur im Anfange continuum, im Fortgange aber utile ſeyn. Dieſes kann man ein *tempus quoad aliquid* oder *ratione initii continuum* nennen. Auch hiervon iſt ſchon oben gehandelt worden.

Noch iſt die Frage zu erörtern, nach welchem Grundſatz diejenigen Zeitfriſten zu beurtheilen ſind, bey welchen

POMPONIUS ait, non quae cadit in Iurisprudentes, ſed quam quis aut per ſe aut per alios adſequi potuit, ſcilicet conſulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias conſulere dignum ſit.

41) *L. 8. Cod. qui admitt. ad bon. poſſeſſ.*

42) *L. 2. §. 1. et 2. D. quis ordo in poſſeſſionib. ſervet.*

43) *L. 1. §. 7. D. quando appelland.*

welchen in den Gesetzen die eine oder die andere Berechnungsart nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist? Die Rechtsgelehrten haben sich mehrmals bemühet, hiervon allgemeine Regeln aufzustellen, allein ihre Versuche sind zum Theil vergeblich gewesen [44]). Am richtigsten haben unstreitig diejenigen Rechtsgelehrten [45]) die Sache bestimmt, welche zur Regel annehmen, daß unter einer in den Gesetzen ohne weitere Bestimmung ihrer Berechnungsart vorgeschriebenen Zeitfrist im Zweifel ein *tempus continuum* zu verstehen sey [46]), ausgenommen, wenn von prätorischen Klagen die Rede ist, bey welchen eine schlechthin vorgeschriebene Zeit im

44) Man vergleiche z. B. *Ant.* GOVEANUS lection. var. iuris civ. Lib. I. c. 10. RITTERSHUSIUS in Iure Iustinian. P. VI. cap. 8. §. 40. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. cap. 8. Allein daß die von diesen Rechtsgelehrten aufgestellte Regeln unrichtig sind, hat STOELTZER cit. Exercitat. iuris civ. Cap. VII. deutlich erwiesen.

45) GENTILIS de diverf. tempor. appellation. cap. XIV. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris civ. (*Genevae* 1633. 4.) Lib. I. cap. 10. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 36. et 37. (*Oper. Tom. II. pag.* 81.) und STOELTZER cit. Exercit. iur. civ. Cap. VII. pag. 44. sqq.

46) Zu Folge dieser Regel wird also die Zeit der zwanzig Jahre in *L.* 12. *C. ad L. Cornel. de falf.* der zehen Jahre in L. 27. *C. de teftam.* der fünf Jahre in L. 8. §. 4. *C. de repud.* und L. 2. *Cod. de vectigal. et commiff.* der vier Jahre in L. 3. *C. de quadrienn. praefcr.* der Jahresfrist in L. *un.* §. 7. *C. de rei ux. act.* § 6. *I. de SCto Tertull.* L. 10. *C. de legit. hered.* L. *ult.* §. 3. *C. de iure delib. Nov. I. c. ult.* der zwey Monate in L. 36. *C. ad* L. *Iul. de adult.* der dreyßig Tage in L. 14. §. 2. *C. de non num. pecun.* und L. 24. *C. de appellat.* von einem tempore continuo verstanden werden müssen.

im Zweifel für ein *tempus utile* zu erklären iſt [47]). Der Grund von dieſer Regel iſt, weil die Berechnungsart des temporis continui natürlich iſt, und keiner geſetzlichen Beſtimmung weiter bedarf; die Berechnung des temporis utilis aber ganz der Billigkeit der Prätoren, und der ihrem Beyſpiel folgenden Interpretation der römiſchen Rechtsgelehrten ihren Urſprung verdankt, doch nie zur allgemeinen Regel geworden iſt. Haben die Geſetze zwar ein *tempus utile* zur Dauer eines Rechtsmittels ausdrücklich vorgeſchrieben, aber in Anſehung dieſer beſondern Berechnungsart keine nähere Beſtimmung noch Einſchränkung beygefügt, ſo iſt ein ſolcher Zeitraum ſowohl in Rückſicht des Anfanges als Fortganges *utiliter* zu berechnen [48]). Dieſe Regel beruhet auf dem bekannten Grundſatz: lege non diſtinguente, nec noſtrum eſt, diſtinguere.

Juſtinian hat zwar in einigen Fällen, z. B. bey der prätoriſchen Reſtitution [49]), das in den ältern Geſetzen

47) Beyſpiele kommen vor in §. 5. *I. de action.* L. *un.* §. *ult. D. ſi quis ius dic. non obtemp.* L. 24. *D. de in ius voc.* L. 5. §. *ult. D. ne quis eum, qui in ius voc.* L. 1. §. *ult. D. de eo, per quem fact. erit.* L. *ult. D. de edendo* L. 5. §. 5. *D. de bis, qui effuder.* L. 9. §. 1. *D. quod falſo tutor. auct.* L. 14. *pr. et* L. 16. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* L. 1. *pr. D. de publican.* L. 21. L. 22. §. *ult. D. de liberali cauſa.* L. 1. §. *ult. D. ne vis fiat ei, qui.* L. 9. §. *ult. D. de reb. auct. iudic poſſid.* L. 5. *C. de iniur.* u. a. m.

48) GENTILIS cit loc. ſagt: *Si de utili ſimpliciter dicitur, totum utile adſumi tempus oportet, ſi quidem noſtrum non eſt, diſtinguere.*

49) *L. ult. Cod. de tempor. in integr. reſtitut.*

setzen vorgeschriebene tempus utile abgeschaft, und in ein continuum verwandelt; allein es würde den Regeln einer gesunden Auslegung zuwider seyn, wenn wir dieses auch auf alle übrigen Fälle ausdehnen wollten. Denn scheint gleich der Grund, welchen dieser Kaiser selbst in einer gewissen Verordnung [50]) anführt, daß nämlich die Berechnungsart des temporis utilis mit vielen Schwierigkeiten verbunden sey, ganz allgemein zu seyn, so kann doch das, was von besondern Fällen verordnet ist, als allgemeine Aufhebung des temporis utilis um so weniger betrachtet werden, da die vierjährige Zeitfrist, welche Justinian an die Stelle des bey den prätorischen Restitutionen ehemals üblich gewesenen anni utilis gesetzt hat, nicht auf jeden andern Fall paßt, in welchem kein annus utilis, sondern eine kürzere oder längere Zeit vorgeschrieben ist. Ich stimme dahero ohne Bedenken der Meinung des Cujaz [51]) und Balduins [52]) bey, welche das, was Justinian in einigen besondern Fällen wegen Abschaffung des temporis utilis verordnet hat, nur für eine Ausnahme von der Regel halten.

§. 269. b.

II) Natürliche und bürgerliche Zeitberechnung.

Eine andere, von der vorigen ganz verschiedene Berechnungsart der Zeit ist diejenige, da das tempus in dem römischen Rechte bald naturaliter bald civili-

50) L. 1. *Cod. de annali except.*

51) Observation. Lib. II. cap. 18.

52) in Iustiniano Lib. III. pag. 257. (*edit. de a.* 1596. 8).

viliter gerechnet wird [53]). Es iſt ein ſehr gewöhnlicher Irrthum, daß man dieſelbe mit der erſtern, von welcher bisher gehandelt worden, vermiſcht, ohne zu bedenken, daß ein tempus continuum in vielen Fällen eben ſowohl civiliter als ein tempus utile wiederum naturaliter gerechnet werden kann, wie in der Folge deutlich erhellen wird. Die Zeit wird nun NATURALITER gerechnet, wenn ſie von Stunde zu Stunde gerechnet, und alſo nicht eher für vollendet gehalten wird, als bis auch die letzte Stunde derſelben verfloſſen iſt. Die Geſetze bedienen ſich des Ausdrucks *a momento ad momentum tempus computatur* [54]); und Anton Govean [55]) bemerkt hierbey, daß das Wort *Momentum* in unſerm Civilrecht ſo viel als eine Stunde heiße. Alſo beſteht dieſe natürliche Computation der Zeit darin, wenn die Vollendung derſelben nach Stunden und Minuten gerechnet wird. Wir finden von dieſer Art der Zeitberechnung ſehr viele Beiſpiele in unſern Geſetzen. Die vorzüglichſten ſind folgende.

1) Die Zeit der Pubertät wird naturaliter gerechnet, a) wenn von Schließung einer rechtmäßigen Ehe die

53) Die Hauptſchrift in dieſer Materie iſt *Ioann. Conrad.* RÜCKERI Diſſertatio de civili et naturali temporis computatione in iure, welche mit ſeinen *Obſervationibus et Interpretationibus* zu Leiden 1749. 8. herausgekommen iſt. Jedoch iſt damit zu verbinden *Ge. Frid.* HOLTZHAUER Diſſ. de tempore in iure civiliter ac naturaliter computando. *Regiomonti* 1779. worin jene Schrift des Rückers in manchen Stücken noch ergänzt und berichtiget worden iſt.

54) L. 3. §. 3. *D. de minorib.* L. 6. *D. de uſurpat. et uſucap.*

55) Variar. lection. Lib. I. cap. 10.

die Frage ist. Hat ein Frauenzimmer vor dem zwölften Jahre geheyrathet, so soll sie alsdann erst eine rechtmäßige Ehefrau werden, wenn sie bey dem Manne das zwölfte Jahr ihres Alters zurückgelegt hat [56]). b) Wenn von Endigung der Tutel [57]), und c) von Erlöschung der Pupillarsubstitution die Rede ist [58]).

2. Auch die Zeit der Minderjährigkeit ist, wie Ulpian [59]) sagt, a momento ad momentum zu zählen, wenn die Frage ist, ob einem Minderjährigen, der noch am letztern Tage des fünf und zwanzigsten Jahres vor Ablauf seiner Geburtsstunde ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen zustehe. Eben diese natürliche Berechnungsart der Zeit findet

3) bey der extinctiven Verjährung der Klagen statt. Diese ist nicht eher vollendet, als bis die Zeit, binnen welcher dieselben nach Vorschrift der Ge-

56) L. 4. *D. de ritu nupt. Nov.* 100. *cap.* 2. *pr.*

57) L. *ult. C. quando tutor. vel curator. esse desin.*

58) §. 9. *I. de pupill. substit.* Die Ausdrücke *et si hoc tempus* EXCESSERINT, *substitutio evanescit*, zeigen die natürliche Berechnungsart der Zeit deutlich an, besonders wenn damit L. 5. *D. qui testam. fac. poss.* verglichen wird.

59) L. 3. §. 3. *D. de minorib.* Wenn es in dieser Stelle heist: Minorem autem viginti quinque annis natu, videndum, an etiam *diem* natalis sui adhuc dicimus, ante horam, qua natus est, ut, si captus sit, restituatur etc. so muß mit Cujaz statt *diem* vielmehr die gelesen werden. Die Verbesserung, welche *Guil.* BEST de ratione emendandi Leges. Cap. XV. n. 2. in der angeführten Stelle vornimmt, nach welcher in diem gelesen werden soll, verwirret den Sinn nur noch mehr, statt ihn aufzuklären.

Geſetze angeſtellet werden müſſen, bis auf die letzte Minute abgelaufen iſt [60]).

CIVILITER wird hingegen die Zeit gerechnet, wenn dieſelbe nur bis auf einen gewiſſen letztern Abſchnitt, nämlich bis auf den letztern Tag, oder Monat, oder auch bis auf das letztere Jahr gerechnet, und alsdann ſchon für vollendet geachtet wird, wenn man dieſen letztern Zeitabſchnitt nur erreicht hat. Es giebt alſo eine dreyfache bürgerliche Zeitrechnung.

I) Wenn eine gewiſſe geſetzlich beſtimmte Zeit nur bis auf den letzten Tag gerechnet, und alsdann ſchon für vollendet gehalten wird, wenn man nur den letztern Tag derſelben erreicht hat. Dieſe findet ſtatt,

a) Bey der Beſtimmung des zur Teſtamentsfähigkeit erforderlichen Alters. Wer alſo nur ſeinen Geburtstag, und zwar im vierzehenden Jahre, wenn es eine Mannsperſon, im zwölften Jahre aber, wenn es ein Frauenzimmer iſt, erreicht hat, wird ſchon für teſtamentsmündig gehalten, wenn er gleich die Stunde ſeiner Geburt noch nicht überlebt hat [61]).

b) Bey der acquiſitiven Verjährung. Wenn der Präſcribens nur den letztern Tag, an welchem die Verjährung zu Ende gehet, erreicht hat, ſo iſt ſie ſchon für vollendet zu achten [62]).

II) Wenn

60) L. 6. *D. de obligat. et action.*

61) L. 5. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* Weſtphals Theorie des Röm. Rechts von Teſtamenten. Kap. II. §. 46. Dieſe L. 5. erhält jedoch durch den Not. 58. angeführten §. 9. *I. de pupill. ſubſtitut.* eine Einſchränkung.

62) L. 15. *pr. D. de div. temp. praeſcript.* L. 6. *et* 7. *D. de uſurp. et uſucap.* Wenn es in der angeführten L. 6. heißt:

II) Wenn eine in den Gesetzen bestimmte Zeit nur bis zum Anfang des letztern Monats gerechnet wird. Diese Computation findet bey Beurtheilung der rechtmäsigen Geburt eines Kindes statt. Die Gesetze haben nämlich nach der Meinung des Hippocrates verordnet, daß ein im siebenden Monate nach vollzogener Ehe gebohrnes Kind für rechtmäsig zu halten sey [63]). Dieß ist vom Anfange des siebenden Monats zu verstehen [64]).

III) Zuweilen wollen die bürgerlichen Gesetze, daß eine bestimmte Zeit schon für erfüllt gehalten werden solle, wenn man das letztere Jahr auch nur angefangen hat.

In usucapionibus non a momento ad momentum, *sed totum postremum diem computamus*; so wollen einige Rechtsgelehrten die letztern Worte für fehlerhaft halten, und haben daher verschiedene Verbesserungen versucht. Man sehe z. E. *Franc.* HOTOMANNUS Amicabil. respons. Lib. I. c. 25. VIGLIUS ZUICHEMUS in Comm. ad §. 1. I. quib. non est permiss. fac. testam. und *Lud.* CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap. 17. Allein daß die gemeine Lesart richtig sey, zeigt RÜCKER cit. Diss. Cap. II. §. 4. *Totus postremus dies*, heißt so viel, als dies postremus, qui totus computatur. Dieß ist jedoch nicht, wie PANCIROLLUS in Thesauro variar. lection. lib. III. cap. 9. will, dahin zu erklären, daß der letztere Tag völlig verflossen seyn müsse, wenn die Usucapion soll für vollendet gehalten werden können. Nein, *dies totus* wird ja ausdrücklich demjenigen entgegen gesetzt, qui *a momento ad momentum* computatur. *Dies totus* soll also hier nur so viel heißen, daß man bey dem letztern Tage weiter keine Stundenzählung vornehme, wie es Hr. Prof. Westphal in dem System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 594. S. 467. richtig erklärt.

63) L. 12. *D. de statu homin.*

64) L. 3. §. *fin. D. de suis et legit. heredib.* [*Alphons. a* CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XII. §. V. n. 50. Siehe auch den 2. Theil dieses Commentars §. 116. Not. 60.

hat. Wir finden von dieſer Art der bürgerlichen Zeitrechnung zwey merkwürdige Beyſpiele in unſern Geſetzen.

1) Bey der Bewerbung um öffentliche Ehrenſtellen und Aemter im Staate, bey welcher zwar ein Alter von fünf und zwanzig Jahren geſetzlich vorgeſchrieben iſt, jedoch der Anfang des letztern Jahres ſo gut als deſſen Vollendung angeſehen werden ſoll [65]).

2) Bey der Ablieferung eines Fideicommiſſes unter der Bedingung, wenn der Fideicommiſſar ein gewiſſes Jahr ſeines Alters erreichen würde. Paulus [66]) bemerkt jedoch, daß der Kr. Antoninus Caracalla dieſes in einem gewiſſen Falle aus beſondern Gründen für Recht erkannt habe, er ſelbſt aber der entgegengeſetzten Meinung geweſen ſey. Da in andern Geſetzen auch würklich zur Regel angenommen wird, daß die Worte, wenn der Fideicommiſſar ein gewiſſes Jahr ſeines Alters erreicht haben wird, nicht von dem Anfange dieſes beſtimmten Jahres, ſondern von deſſelben Vollendung zu verſtehen ſind [67]); ſo iſt es wohl der Mühe werth, den Rechtsfall ſelbſt, welchen Antoninus Caracalla durch ſein Decret entſchied, hier kürzlich darzuſtellen. Der Fall war dieſer. Fabius Antoninus hinterläßt einen noch unmündigen Sohn, Antonin, und eine Tochter, Honorata. Er enterbt ſie beyde, und ſetzt ihre Mutter, Junia Valeriana, zur Er-

65) L. 8. **D.** *de munerib. et honor.* Hoc in honoribus FAVORIS CAUSA conſtitutum eſt, ut pro plenis inchoatos annos accipiamus.

66) L. 74. §. 1. **D.** *ad SCtum Trebell.*

67) L. 49. *pr. et* §. 1. **D.** *de Legat.* 1. L. 48. **D.** *de condit. et demonſtrat.* L. 5. *Cod. quando dies legator. cedat.* *Iul.* RACIUS Εναντιοφανῶν Centur. IX. Quaeſt. 83.

bin ein. Dieser befiehlt er jedoch, der Tochter dreyhundert, und einige andere Sachen als ein Vermächtniß auszuzahlen. Die ganze übrige Erbschaft aber soll sie an den Sohn, Antonin, abliefern, wenn dieser das zwanzigste Jahr seines Alters erreicht haben würde. Sollte hingegen derselbe vor dem zwanzigsten Jahre versterben, so solle eben diese Erbschaft der Tochter, Honorata, zurückgegeben werden. Hieraus erhellet, daß die Enterbung der Kinder eben in keiner bösen Absicht geschehen war [68]). Nun stirbt die Mutter ohne Testament, und hinterläßt beyde Kinder nach Vorschrift des Orphitianischen Senatusconsultums zu ihren gesetzlichen Erben. Nachdem stirbt auch der Sohn, Antonin, da er das zwanzigste Jahr nur erst angetreten, aber noch nicht vollbracht hatte, und hinterläßt eine Tochter, Fabia Valeriana, zu seiner rechtmäsigen Erbin. Von dieser fordert nun die Tante das Fideicommiß, nämlich das übrige Vermögen, so von ihrem Vater, Fabius Antoninus, herkam [69]) und wovon ihr verstorbener Bruder Antonin vermuthlich schon gleich bey der Mutter Tode Besitz ergriffen hatte. Sie gewinnt den Proceß bey dem Präses der Provinz. Allein die Vormünder der unmün-

68) L. 3. §. 3. *D. de usufr.* L. 12. §. 2. *D. de bon. libert.* L. 18. *D. de lib. et postum.*

69) Die Worte: *a qua amita fideicommissum et ex testamento patris portionem hereditatis petebat*, enthalten ein ἓν διὰ δυοῖν, welche Figur in unsern Gesetzen nicht ungewöhnlich ist. Sie bedeuten also so viel, die Honorata habe den in ihres Vaters Testamente zum Fideicommiß gemachten Theil seiner Verlassenschaft gefordert. S. RÜCKER cit. Diss. Cap. III. §. 9. *Iac.* HOP Diss. ad L. 74. §. 1. D. ad SCtum Trebell. *Lugd. Batavor.* 1748. Anderer Meinung ist jedoch Westphal in der hermenevtisch systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. Kap. VII. §. 561.

unmündigen Valeriane, der Tochter des Antonins, appellirten von dieſem Ausſpruche des Präſes an den Kaiſer. Sie ſchützten die Armuth ihrer Mündel vor, und beruften ſich zugleich auf die Verordnung des Kaiſer Hadrians, nach welcher auch bey öffentlichen Aemtern ein nur angetretenes Jahr ſchon als verfloſſen angeſehen werde. So wenig nun auch dieſes Argument hierher gehörte, da die Verordnung des Kaiſer Hadrians in einer beſondern Begünſtigung öffentlicher Ehrenſtellen ihren Grund hat; ſo wurde dennoch der Kaiſer Antoninus Caracalla theils durch die Billigkeit der Sache, theils durch die Worte des Teſtaments bewogen, wider die Klägerin zu ſprechen. Zwar wußte der Kaiſer wohl, daß einſt Divus Marcus einen Mann, ohngeachtet er das ſiebenzigſte Jahr ſchon angetreten hatte, dennoch von Uebernehmung einer Vormundſchaft nicht entſchuldigen wollen, auch brachte Paulus, der in dem Auditorium des Kaiſers Beyſitzer, und ganz verſchiedener Meinung war, noch verſchiedene andere Argumente, inſonderheit eins aus der Lege Aelia Sentia vor, nach welchem auch bey Manumiſſionen erfordert werde, daß der Herr das deßhalb vorgeſchriebene zwanzigſte Jahr ſeines Alters nicht bloß angetreten, ſondern bis auf den letzten Tag zurück gelegt haben müſſe [70]). Allein die angeführten Gründe des Kaiſers behielten dennoch das Uebergewicht. Für die unmündige Valeriana ſprach einmahl die Billigkeit, weil bey Kindern, wenn ſie mit einem Fideicommiß beſchwert ſind, der Wille des Erblaſſers ex coniectura pietatis, wie Papinian [71]) ſagt, immer unter der Bedingung zu verſtehen iſt, wenn der Fiduciar ohne rechtmäßige Deſcen-

70) L. 1. D. *de manumiſſ.* RÜCKER a. a. O. §. 11. 12. u. 13.

71) L. 102. D. *de condit. et demonſtrat.*

denz versterben wird [72]). Es war also schon in dieser Hinsicht der Absicht des Erblassers gemäß, die Valeriana ihrer Tante vorzuziehen [73]), zumahl da der ersteren Vater nur aus guter Meinung vom Testirer war enterbt worden [74]). Noch bündiger aber war der andere Entscheidungsgrund, den der Kaiser aus den Worten des Testaments genommen. Denn die Worte: *cum ad annum vicesimum aetatis pervenisset*, verglichen mit dem Gegensatz, *si ante annum vicesimum decessisset filius*, lassen keinen Zweifel übrig, daß hier nach der Absicht des Erblassers nicht nothwendig das ganz vollendete zwanzigste Jahr erfordert werde, indem ja unstreitig derjenige, welcher das zwanzigste Jahr bereits angetreten hat, nicht mehr vor dem zwanzigsten Jahre verstirbt. Bey diesen bloß auf billiger Auslegung des Testaments beruhenden Gründen ist es daher in der That nicht nöthig, das Decret des Kaiser Antoninus Caracalla mit Rücker [75]), für ein bloßes Privilegium zu halten, woraus man keine Folge machen dürfe [76]). Denn wäre dieses, so würde nicht dieses Decret, nebst den übrigen, die wir aus des Paulus *libris Decretorum* [77]) kennen, den Pandecten seyn einverleibet worden.

Nicht

72) L. 30. *Cod. de fideicomm.*

73) Diese natürliche Billigkeit erkennt auch Ulpian. L. 1. §. 4. D. *de suis et legitim. hered.*

74) HOLTZHAUER cit. Diss. §. 10. pag. 15.

75) cit. Diss. Cap. III. §. 14.

76) S. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen 7. Kap. §. 561. S. 427. *Henr. Guil.* BUCH Disp. exhibens conciliationem L. 74. §. 1. D. ad SCtum Trebell. cum L. 48. D. de condit. et demonstr. *Rintel.* 1748.

77) S. *Abrah.* WIELING Iurisprud. restituta pag. 159. sq.

Nicht ſelten haben die Geſetze eine gewiſſe Zeit beſtimmt, ohne zu erwähnen, ob ſie naturaliter oder civiliter gerechnet werden ſoll [78]). Welche von beiden Berechnungsarten wird in ſolchen Fällen wohl ſtatt finden? Rücker [79]) giebt folgende Regel: die bürgerliche Zeitrechnung ſey anzuwenden, wenn dadurch die Umſtände desjenigen verbeſſert werden, dem das Geſetz eine gewiſſe Zeit vorgeſchrieben hat. Man müſſe hingegen bey der natürlichen Zeitberechnung bleiben, wenn durch die bürgerliche der Zuſtand deſſelben verſchlimmert werden würde. Denn der Grund, warum in dem römiſchen Rechte die Zeit nicht auf einerley Art, ſondern bald natürlich bald bürgerlich gerechnet werde, ſey bloß die Billigkeit. — Es kann freylich nicht geläugnet werden, daß die römiſchen Geſetzgeber in verſchiedenen Fällen bey Beſtimmung der Zeit die Art ihrer Berechnung nach jener Regel abgemeſſen haben. So z. E. würde man bey der extinctiven Verjährung der Klagen die Lage des Gläubigers, dem das Geſetz eine gewiſſe Zeit zur Anſtellung ſeiner Klage verſtattet, offenbar verſchlimmern, ja man würde ihn gegen die Abſicht des Geſetzes früher um ſein Recht bringen, wenn man dieſe Zeit civiliter rechnen wollte. Daher iſt bey der Verjährung der Klagen die natürliche Zeitrechnung eingeführt, damit Niemand das Seinige eher verlieren möge, als bis der

78) Beyſpiele enthalten L. 3. D. *de requir. vel abſent. damn.* L. 13. D. *de div. tempor. praeſcr.* L. 12. C *ad* L. *Corn. de falſ.* L. 29. §. 5. *et* 6. D. *ad* L. *Iul. de adult.* L. 5. *Cod. eod.* L. 27. *Cod. de teſtam. Nov.* XXIII. c. 1. L. 5. §. 4. *Cod. de tempor. appellat.* n. a. m.

79) cit. Diſſertat. Cap. V. §. 9.

letzte Tag der gesetzten Zeit gänzlich verflossen ist [80]). Im Gegentheil wenn man bey Testamenten die Zeit der dazu erforderlichen Pubertät natürlich rechnen wollte, so würde dieses dem Testirer zum Nachtheil gereichen. Denn nun würde das Testament nicht gelten, was er am Geburtstage seines vierzehenden Jahres jedoch noch vor der Geburtsstunde gemacht hat. Man erklärte also das Alter der Testamentsfähigkeit nach der Billigkeit, und hielt das vierzehende Jahr für zurückgelegt, sobald nur der Testirer den letzten Tag desselben angetreten hat [81]). Allein ob deßwegen jene Regel auch in allen übrigen Fällen als Entscheidungsgrund der einen oder der andern von den Gesetzen angenommenen Zeitrechnung zu erweisen seyn möchte, so daß dadurch eine solche Rechtsanalogie begründet werden könnte, welche Rücker daraus hat herleiten wollen, daran zweifele ich sehr. Denn so finden wir erstlich viele Fälle in unsern Gesetzen, wo die Zeit nach ausdrücklicher Vorschrift derselben natürlich gerechnet werden soll, ohnerachtet, wie Rücker selbst nicht läugnen kann, die bürgerliche Computation weit vortheilhafter gewesen wäre [82]). Zum andern können Fälle vorkommen, wo der einen Parthey die natürliche, der andern Parthey hingegen die bürgerliche Zeitrechnung vortheilhafter ist [83]). Welche von beyden

80) L. 6. D. *de oblig. et actionib.*

81) L. 5. D. *qui testam. fac. possunt.*

82) Beyspiele kommen vor in L. 1. §. 3. D. *de postul.* §. 9. I. *de pupill. substit. pr.* I. *quib. mod. tut. finit.* L. 4. D. *de ritu nuptiar.* L. 24. Cod. *de nupt.* L. *ult.* Cod. *quando tut. esse desin.* Nov. 100. *cap.* 2. *pr.*

83) Ein Beyspiel hiervon giebt die in den Gesetzen zur Verjährung der Verbrechen bestimmte Zeit, bey welcher die natürliche Computation dem beleidigten Theile, die bürgerliche Berechnungsart hingegen dem Verbrecher vortheilhafter ist.

beyden Berechnungsarten wird hier den Vorzug haben? Die Rückerſche Regel giebt hiervon keine Entſcheidungsnorm. Endlich drittens wenn in einem vorkommenden Falle nun würklich die bürgerliche Zeitrechnung für den Zuſtand einer Perſon, welcher eine gewiſſe Zeit ſchlechthin vorgeſchrieben iſt, vortheilhafter ſeyn möchte, welche Art der bürgerlichen Computation wird hier ſtatt finden? ſoll das nur erſt angetretene letztere ganze Jahr für ſchon ververfloſſen, oder ſoll nur der letztere Tag dieſes letztern Jahres, wenn er gleich noch nicht völlig verfloſſen iſt, dennoch für ſchon zurückgelegt gehalten werden? Auch für dieſen Fall iſt die Rückerſche Regel ganz unbrauchbar. Mich dünkt, wenn bey einer gewiſſen Zeitbeſtimmung, ſie komme in den Geſetzen, oder in andern erklärten Willensverordnungen, z. B. in einem Teſtamente oder in einem Vertrage, vor, die Art ihrer Berechnung nicht ausdrücklich beygefügt iſt, ſo ſey die Frage, ob in dem vorkommenden Falle die Zeit natürlich oder bürgerlich zu computiren, bloß nach den Regeln der Auslegungskunſt zu entſcheiden. Man hat daher ſowohl aus den gebrauchten Ausdrücken als aus der Abſicht und den Endzweck des Urhebers einer ſolchen Zeitbeſtimmung zu beurtheilen, welche von beyden Berechnungsarten in dem vorliegenden Falle ſtatt finde. In dieſer Rückſicht war freylich in dem oben aus der *L.* 74. §. 1. *D. ad SCtum Trebell.* vorgetragenen Rechtsfalle die bürgerliche Computation der Abſicht des Teſtirers angemeſſener als die natürliche. Dahingegen entſpricht bey der Verjährung der Verbrechen [84]), ferner bey der Einwendung der Appellation [85]) die natürliche Zeitberechnung

84) *L.* 12. *C. ad L. Cornel. de fals. L.* 3. *D. de requirend. reis. L.* 13. *D. de div. temp. praeſcript.*

85) *Nov. XXIII. cap.* 1.

der Absicht des Gesetzgebers mehr als die bürgerliche. Ist es zweifelhaft, welche von beyden Berechnungsarten der Absicht desjenigen, von welchem die Zeitbestimmung herrührt, gemäßer sey, so ist die natürliche Computation immer die sicherste. Denn diese macht die Regel aus, und wird im Zweifel vermuthet [86]); die bürgerliche hingegen ist nur als Ausnahme von der Regel anzusehen, und kann daher anders nicht angewendet werden, als wenn besondere Gründe dieselbe rechtfertigen [87]).

§. 269. c.

Berechnung eines Jahres, Monats und Tages. Wie ist ein Schalttag zu rechnen?

Da die Zeit nach Jahren, Monaten und Tagen bestimmt wird, so kommt es noch darauf an, wie ein Jahr, ein Monat und ein Tag nach Vorschrift der Gesetze zu berechnen sey [88]). So viel nun erstlich die Berechnung eines Jahres anbetrifft, so unterscheiden die Römer das Romulische, Numäische und Julianische Jahr.

86) Diese findet insonderheit auch bey Verträgen statt, denen eine gewisse Zeitbestimmung ist beygefügt worden. Vergleiche Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit II. Bandes 3. Stück Nr. XXII. S. 344. und eines Ungenannten rechtliche Untersuchung von den Momenten des Anfanges und Endes eines Contracts, in Hrn. Prof. Siebenkees neuem juristischen Magazin I. Bd. Nr. VII. S. 202. ff.

87) HOLTZHAUER cit. Diss. de tempore in iure civiliter ac natural. comput. §. 9. Nr. IX. sqq. et §. 11.

88) *Ios. Mar.* SCHNEIDT Diss. de utilitate studii chronologici in iurisprud. civili in genere et in specie de die, mense ac anno bissextili. *Wirceburgi* 1782.

Jahr [89]). Das Jahr des Romulus bestand aus zehen Monaten und 304. Tagen, und wurde bis auf die Zeiten des Kaisers Theodosius wenigstens als das Trauerjahr der Witwen beybehalten [90]). Das Jahr des Numa Pompilius hingegen bestand aus zwölf Monaten. Denn er fügte dem Jahre des Romulus noch zwey Monate, den Januar und Februar, hinzu. Der Tage des Numäischen Jahres waren anfangs 354. hernach 355. an der Zahl. Julius Cäsar that noch zehen Tage hinzu, und so entstand das Julianische Jahr, welches aus 365. Tagen besteht. Dieses macht in unsern Gesetzen die Regel aus [91]), und die angegebene Zahl der Tage bleibt die nämliche, wenn gleich das Jahr ein Schaltjahr

89) *Io.* LALAMANTIUS exterarum fere omnium gentium anni ratio, eiusque cum Romano collatio. *Genevae* 1571. 8. et *in Thes.* GRAEVII Tom. VIII. et GRONOVII T. IX. *Sibr. Ted.* SICCAMA de veteri anno Rom. in Thes. *Graevii* T. VIII. p. 85. *Io. Theoph.* SEGERI Diss. de anno Romano. *Lipsiae* 1759. et in *Opusculis* ab Ill. KLÜBERO edit. Vol. I. (*Erlangae* 1788. 8.) Nr. I.

90) Daß das Trauerjahr der Wittwen, dessen *L.* 1. *L.* 8. *L.* 11. *D. de his qui not. infam. L.* 15. *C. ex quib. caus. infam. irrog L.* 1. *Cod. de sec. nupt.* Erwähnung geschiehet, lange Zeit, ja bis auf die Zeiten des Theodosius nur aus zehen Monaten bestanden habe, ist aus vielen Stellen der Alten sowohl, als inso derheit aus der Verordnung des K. Theodosius selbst *l.* 2. *Cod. de sec nupt.* vom Jahr Christi 382. gründlich erwiesen worden vom *Iac* RAEVARDUS lib. I. Varior. cap. 20. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. I. cap. 2. n. 11. sqq. und besonders vom *Alphon. a.* CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XIII. n. 9. sqq.

91) *L.* 51. §. 2. *D. ad L. Aquil. L.* 4. §. 5. *D. de statu lib. L.* 134 *D. de Verb Signific.* Conf. CARRANZA de partu naturali et legitimo Cap. XII. §. V. n. 51.

jahr ist [92]). Denn der Schalttag, welchen die Römer nach der besondern Einrichtung ihrer Kalender gleich unmittelbar nach dem Fest der Terminalien [93]), welches *die VII. Calendar. Martii* d. i. den 23. Februar, gefeyert wurde, einschalteten [94]), wird in dem römischen Recht mit dem VIto ante Calendas Martias d. i. mit dem 24sten Februar nur für einen Tag gerechnet [95]). Daher

92) S. ZURNERI et BERGERI Dissertationes de anno intercalari.

93) CENSORINUS de die natali cap. 20.

94) MACROBIUS Saturnal. lib. I. cap. 13. sagt ganz deutlich: *Februario post XXIII. diem intercalabant.* und Ebenderselbe cap. 14. *Intercalabatur ante quinque dies ultimos Februarii.* Der Grund, warum der dies intercalaris dem Monat Februar und zwar nach dem Fest der Terminalien eingeschaltet wurde, war unstreitig dieser, um nicht die Ordnung der Festtäge zu verwirren. Denn die Religion hatte auf die Intercalation den meisten Einfluß, wie Macrobius a. a. O. aus wichtigen Beyspielen erweißt. Alle Unordnung wurde aber dadurch verhütet, daß Julius Cäsar den Schalttag erst nach den Terminalien einschalten ließ, denn diese waren im ganzen Jahr das letztere Fest, so die Römer noch nach Vorschrift des Königs Numa feyerten. OVIDIUS *Fastor. lib. II. v.* 49. Ueberdem bestand der Monat Februar Anfangs nur aus 23 Tagen, die übrigen fünf Tage dieses Monats waren in dem Jahr des Numa ehemals bloße Schalttage. S. MUNCKER de Intercalation. variar. gentium. pag. 95. sqq.

95) CELSUS sagt *L.* 98. *pr. D. de Verb. Signific.* Cum BISSEXTUM Calendis est: nihil refert, utrum *priore* an *posteriore die* quis natus sit, et deinceps sextum calendas eius natalis dies est: NAM ID BIDUUM PRO UNO DIE HABETUR: sed *posterior dies intercalatur*, non *prior.* ideo quo anno intercalatum non est, sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet. Vortreflich erläutert diese von vielen mißverstandene Stelle *Christ. Henr.* BREUNING in Diss. iuris civ. ad CELSUM. in L. 98. D. de Verbor. Significat. *Lipsiae* 1757.

Daher der Nahme BISSEXTUM, weil der VI. Calendar. Martii oder 24ſte Februar in den Faſtis der Römer zweymahl gezählet wurde, und daher nach der natürlichen Zeitrechnung eigentlich aus zwey Tagen beſtand. Da die Tage in dem römiſchen Kalender nicht nach der Ordnung der Natur, ſondern, wie bekannt, rückwerts gezählet wurden, ſo war nach dieſer Berechnung *prior biſſexti* nothwendig derjenige Tag, welcher dem V. Calendar. Martii (25. Februar), *poſterior biſſexti* aber derjenige, welcher dem VII. Calendar. Mart. (23. Februar) der nächſte iſt. Und dieſer letztere, nach unſerm Kalender der 24ſte Februar, nicht aber der erſtere, welcher nach unſerm Kalender der 25ſte Februar iſt, war alſo eigentlich der dies intercalaris der Römer [96]). Hieraus entſtanden wichtige practiſche Folgen, welche auf die Entſcheidung mancherley Rechtsfälle großen Einfluß hatten. Dahin gehört einmahl die Entſcheidung der Frage, wenn ehe ein Minderjähriger für majorenn zu halten ſey, falls derſelbe entweder in einem Schaltjahre gebohren worden, oder das fünf und zwanzigſte Jahr ſeines Alters ein Schaltjahr iſt? Celſius entſcheidet dieſe Frage zu Folge jener Berechnungsart dahin, daß, wenn der Minderjährige in einem

96) Es iſt alſo ein Irrthum, wenn MUNCKER de Intercalat. var. gent. pag. 336. den VI. Cal. Martii, welcher dem V. Cal. Mart. der nächſte iſt, für den Schalttag hält. Auch iſt es eben ſo unrichtig, wenn BACHOVIUS ad primam partem Digeſtor. h. t. pag. 1056. behaupten will, daß der dies intercalaris erſt nach dem 24. Februar ſey eingeſchaltet worden. Beyde Meinungen hat BREUNING cit. Diſſ. Cap. II. pag. 7. widerlegt. Aus den in der Not. 94. angeführten Stellen des MACROBIUS erhellet vielmehr, daß derſelbe zwiſchen den 23. und 24. Februar ſey eingeſchaltet worden. Denn nun trift es gerade zu, wenn MACROBIUS Saturn. I. 14. ſagt: *Intercalabatur ante quinque dies ultimos Februarii.*

nem Schaltjahre gebohren worden, er mag nun priore (den 25. Febr.) oder posteriore bissexti die (den 24. Febr.) gebohren seyn, derselbe, wenn das fünf und zwanzigste Jahr seines Alters kein Schaltjahr ist, am 24. und nicht erst am 25sten Februar majorenn werde [97]); hingegen wenn derselbe am 24. Februar eines gewöhnlichen Jahres gebohren worden, das fünf und zwanzigste Jahr aber ein Schaltjahr ist, die Majorennität nicht eher als nach zurückgelegtem 25sten Februar eintrete, mithin demselben, wenn er noch an diesem letztern Tage, jedoch vor dem Ablauf seiner Geburtsstunde, ein ihm nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gestatten sey [98]). Denn durch die Darzwischenkunft des Schalttags, welcher nicht besonders gezählet wird, wird der Geburtstag des Minderjährigen auf den 25sten Februar verschoben, und so lange dieser nicht verflossen ist, kann derselbe nicht für majorenn gehalten werden, weil, wie Ulpian [99]) selbst hierbey bemerkt hat, die Zeit der Minderjährigkeit a momento in momentum gerechnet wird. Eben so ist es auch bey der Verjährung der Klagen, wo der Schalttag dem Gläubiger

97) Die Entscheidung dieses Falles führt Ulpian *L.* 3. §. 3. *D. de minorib. XXV. ann.* aus dem Celsus mit folgenden Worten an: Proinde et si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die, CELSUS scripsit, nihil referre: *nam id biduum pro uno die habetur; et posterior dies Kalendarum intercalatur.*

98) Die hierher gehörigen Worte aus der *L.* 98. *pr. D. de Verb. Signif* sind schon Not. 95. angeführt worden. Add. *Iul. a* BEYMA in Commentar. D. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. Tit. de minoribus §. 2.

99) *L.* 3. §. 3. *D. de minorib. XXV. ann.*

zu gute gehet, wider welchen die Verjährung läuft [100]). Wenn hingegen bey der Uſucapion der Beſitz in einem Schaltjahre angegangen war, es mochte nun am Schalttage, oder an dem gewöhnlichen VIto ante Calendas Martias derſelbe ſich angefangen haben; ſo war im Anfange des VIti ante Calendas Martias allemahl die Verjährung vollendet [1]). Jedoch darf nicht unbemerkt gelaſſen werden, daß der Schalttag nur alsdann nicht beſonders

100) *L. 2. D. de diverſ. temp. praeſcript.* In tempore conſtituto iudicatis, an intercalaris dies proficere iudicato, nec ne, debeat, quaeritur? Item de tempore, quo lis perit? Sic ſine dubio exiſtimandum eſt, ut auctum litis tempus intercalari die exiſtimetur, veluti ſi de uſucapione ſit quaeſtio, quae tempore conſtituto expleri ſolet: aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aedilitiae pleraeque actiones. In zweyerley Fällen wirft Marcellus die Frage auf, ob der Schalttag mit in Rechnung komme? einmal bey rechtskräftigen Erkenntniſſen und dann bey der Verjährung. Allein nur über die letzte Frage entſcheidet er. Es iſt dieſes etwas ganz gewöhnliches in den Fragmenten der römiſchen Rechtsgelehrten, daß ſie von mehreren Fragen, oder Fällen, die ſie berührten, nur auf Eins antworteten, und das Uebrige mit Stillſchweigen übergiengen. Man ſehe *L.* 10. *D. de ſervitut. praedior.* Die vom Marcellus bey Iudicatis unentſchieden gelaſſene Frage iſt jedoch leicht zu entſcheiden. Denn da nach den Verordnungen der Kaiſer das tempus iudicati in mehreren Monaten beſtehet, *L.* 2. *et* 3. *Cod. de uſur. rei iudic.* ſo iſt auſſer Zweifel, daß in dieſem geſetzlichen Zeitraume der Schalttag nicht beſonders gerechnet werde, ſondern dem Schuldner zu gute gehe. Die zweyte Frage entſcheidet der Juriſt dahin, daß bey der Verjährung der Schalttag nicht mitgezählet werde. Statt aedilitiae pleraeque lieſet *Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 8. pag. 249. richtiger *aedilitiae peraeque*, weil die Aediliziſchen Klagen, alle ohne Ausnahme, temporales ſind.

1) cit. *L.* 2. *D. de div. temp. praeſcript.*

ders gerechnet wird, wenn eine gewisse Zeit überhaupt nach Monaten oder Jahren bestimmt ist [2]). Denn wenn die Gesetze [3]) oder die Partheyen eine gewisse Anzahl von Tagen festgesetzt haben, so macht der Schalttag einen besondern Tag aus, und kommt mit in Rechnung [4]). Da in unsern Kalendern der Schalttag immer als ein besonderer Tag aufgeführt wird, und bey uns eigentlich der 29. Februar ist [5]); so entstehet die Frage, ob die Lehre des röm. Rechts von der Berechnung des Schalttages noch heutiges Tages Nutzen habe? Hr. Prof. Westphal [6]) zweifelt daran, und ganz unrecht scheint er hierin nicht zu haben. Denn in unsern Gerichten und bey Terminen gilt wenigstens der Schalttag immer als ein besonderer Tag [7]). Allein deßwegen läßt sich doch der heutige Gebrauch

2) S. Westphals System des R. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. §. 595. S. 468. f.

3) z. B. bey der Appellation die Frist der zehen Tage, bey Quittungen der Zeitraum von dreysig Tagen. *L.* 14. §. 2. C. *de non num. pecun.*

4) MARCELLUS bemerkt dieses in der angeführten *L.* 2. *D. de div. temp. praescript.* in folgenden Worten: Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut, nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet tempori. Mihi contra videtur. In dieser Stelle muß statt Et, *Sed*, statt tempori, *emtori*, und nach diesem Worte ein Fragzeichen gesetzt werden, wie schon BYNCKERSHOEK a. a. O. pag. 249. sq. erinnert hat. Denn hier wird nicht eines andern Rechtsgelehrten Meinung angeführt, welche MARCELLUS etwa hätte widerlegen wollen.

5) SCHNEIDT cit. Diss. de utilitate studii chronologici. Sect. I. §. 24.

6) Westphal a. a. O. S. 469.

7) BLUM in Processu camerali Tit. 66. §. 33. SCHNEIDT cit. Diss. Sect. I. §. 33.

brauch jener römiſchen Rechtslehre nicht ſchlechthin läugnen, wenn durch die Mitzählung des Schalttages demjenigen, welchem die Geſetze eine gewiſſe Zeit vorgeſchrieben haben, eine Wohlthat unbillig entzogen werden würde, von welcher die Erhaltung ſeines Rechtes abhängt. In dieſer billigen Hinſicht ſtimme ich alſo vielmehr denjenigen Rechtsgelehrten bey, welche dieſe Materie auch noch heutiges Tages für brauchbar halten, z. B. bey Verjährungen, Berechnung der Minderjährigkeit in Abſicht auf das Geſuch der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, u. d. [8]).

Soviel hiernächſt die Berechnung der monatlichen Zeitfriſten anbetrift [9]), ſo kommt es darauf an, ob eine gewiſſe Zeit nur überhaupt nach Monaten beſtimmt, oder ob namentlich der erſte eines jeden Monats (Calendae) dergeſtalt feſtgeſetzt worden, daß der Termin immer von dem erſten bis wieder zum erſten des folgenden Monates gerechnet werden ſolle. Im erſten Falle werden ſowohl nach römiſchen als teutſchen Rechten dreyßig Tage auf einen Monat gerechnet [10]). Im letztern Falle hingegen kommt es darauf an, wie viel Tage ein jeder Monat in dem Kalender hat [11]). Ein Schaltmonat

8) Conſ. *van* BYNKERSHOEK cit. loc. pag. 247. VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de minoribus XXV. annis §. 1. SCHNEIDT cit. Diſſ. Sect. I. §. 24. WERNHER lectiſſ. Commentat. ad Pandect. Tit. de minorib. §. 2.

9) Siegfr. Altwein Diſſ. de legali menſium tempore ſeu ſpatio menſtruo, von Monatsfriſten. *Altdorfii* 1693. 4.

10) *L.* 101. *D. de div. Reg. iur. L.* 28. vergl. mit *L.* 31. §. 22. *D. de aedilit. edict. Nov. CXV. cap.* 2. K. K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. XXXIII. §. 3. Struben rechtl. Bedenken Th. I. Bed. 47.

11) SCHNEIDT cit. Diſſ. Sect. I. §. 33. pag. 26.

monat bestand bey den Römern immer nur aus 28 Tagen [12]), weil der Schalttag mit dem VI. Cal. Mart. nur für einen Tag gezählet wurde, wie bereits oben bemerkt worden ist. Allein nach unserm Calender besteht der Schaltmonat aus 29. Tagen.

Ich komme noch zuletzt auf die Berechnung einzelner Tage. Diese ist in dem römischen Rechte zweyfach, die bürgerliche und die natürliche. Nach der erstern wird der Tag von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet, und besteht aus 24 Stunden [13]). Diese bürger-

12) *L.* 98. *§.* 2. *D. de Verb. Signific.* Mensis autem intercalaris constat ex diebus viginti octo. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen diese Worte von dem Schaltmonate des Numäischen Jahres verstehen, welchen Julius Cäsar aufgehoben hat. Man sehe SIGONIUS de vet. anno Rom. Th. 12. LALAMANTIUS de anno Rom. in *Thes. Gr.* T. VIII. p. 276. PUTEANUS de bissexto in *Thes. Gr.* T. VIII. p. 451. SCALIGER de emendat. tempor. l. c. pag. 177. *a* BEYMA in Comment. ad L. 98. D. de Verb. Signif. pag. 128. Allein diese irrige Meinung haben *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signific. ad h. L. pag. 218. und BREUNING cit. Diss. Cap. II. in fin. hinlänglich widerlegt. Unmittelbar vorher gedenkt zwar Celsus des alten vom Julius Cäsar aufgehobenen Schaltmonats, und bemerkt, daß man die nach dem 23. Februar hinzugefügte fünf Tage nicht mit gezählet, sondern nach der Meinung des Cato pro momento temporis gehalten, welches demjenigen zu gute gekommen, dem z. B. in dem Februar etwas zu bewirken oder zu erfüllen obgelegen. Allein Celsus braucht dies nur als einen Grund, warum der vom Julius Cäsar eingeführte Bisextus ebenfalls nur für einen Tag zu rechnen sey. S. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iur. civ. corpore Tom. I. pag. 101. sqq.

13) *L.* 8. *D. h. t.* More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur: itaque quicquid in his vigin-

bürgerliche Berechnungsart iſt auch in den Gerichten angenommen [14]). Ein natürlicher Tag hingegen wird von Sonnenaufgang bis zu Sonnenuntergang gerechnet, und ſchließt alſo die Nacht aus [15]). Ein *dies civilis* wurde nun bey den Alten dergeſtalt eingetheilt, daß man zwölf Stunden auf den Tag, und eben ſo viel auf die Nacht rechnete. Die 12 Stunden des Tages, ſo wie die 12 Stunden der Nacht, wurden wieder in vier Theile getheilt, deren jeder drey Stunden in ſich enthielt. Daher war die ſechſte Stunde des Tages die Mittagszeit, und die ſechſte Stunde der Nacht die Mitternacht [16]). Mit der ſiebenden Stunde nach Mitternacht nahm alſo der dies civilis ſeinen Anfang [17]). Hieraus erhalten viel Stellen in unſerm römiſchen Geſetzbuche ihr Licht, in welchen der *hora ſexta diei*, und der *hora ſexta noctis* Erwähnung geſchiehet [18]).

viginti quatuor horis (id eſt duabus dimidiatis noctibus et luce media) actum eſt, perinde eſt, quaſi quavis hora lucis actum eſſet.

14) STRYK Uſ. Mod. Pandect. h. t. §. 15.

15) *L.* 2. §. 1. *D. de Verb. Signif.* COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 1. iſt zwar anderer Meinung, allein man ſehe EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. w.

16) S. *Ant.* AUGUSTINUS Emendation. Lib. IV. c. 13. (*Baſiliae* 1544. fol. und in *Theſ. Otton.* Tom. IV. pag. 1544.) *Alb.* GENTILIS in Comment. in Tit. D. de Verb. Signif. ad L. 2. §. 1. h. t. pag. 7. *Ulr.* HUBERUS in Praelection. iuris civ. ad Pand. h. t. §. 7. und Eſtors Anfangsgründe des gemein. und Reichsproceſſes III. Th. S. 14. f.

17) *Conſtantin.* HARMENOPULUS Lib. VI. Tit. III. ſagt: *Dies a ſeptima noctis hora incipit, et in ſextam ſequentis noctis terminatur.*

18) Man vergleiche z. E. *L.* 5. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* *L.* 7. *D. de uſurpat. et uſucap.* *L.* 1. *D. de manumiſſion.* *L.* 2. *D.* de

Es sey mir erlaubt, am Schluß dieser Materie noch die Frage kürzlich zu erörtern, wie der Zeitraum zu bestimmen sey, welchen die Benennung Jahr und Tag in sich schließt? Es ist nämlich bekannt, daß nicht nur in verschiedenen teutschen Gesetzen bey Verjährungen, Retracten u. s. m. sondern auch nicht selten in Verträgen und Contracten z. E. Heyrathsverträgen, Schenkungen, Wiederkäufen ꝛc. der Zeitbestimmung eines Jahres noch die Frist eines Tages beygefügt wird. Haben nun in solchen Fällen die statutarischen Rechte eines Landes, nach denen solche Geschäfte zu beurtheilen sind, oder haben entschiedene Gewohnheiten des Orts, oder die Contrahenten selbst schon bestimmt, was für ein Zeitraum unter dem bemerkten Ausdruck verstanden werden solle, so hat die Sache weiter keine Schwierigkeit [19]). Fehlt es

de annuis legat. L. 25. §. 1. D. *de lib. et posthum.* Add. Westphals System des R. R. über die Arten der Sachen ꝛc. §. 594. S. 467.

19) So z. B. wird in Sachsen unter dem Tag, welcher der gesetzlichen Bestimmung einer Jahresfrist beygefügt wird, eine Zeit von 6 Wochen und 3 Tagen verstanden. Man nennt diesen Zeitraum eine Sächsische Frist. S. *Christ.* WILDVOGEL Disput. de termino Saxonico, von sächsischer Frist. *Ienae* 1700. Sie hat ihren Grund in der alten Gerichtsverfassung. Denn bey den meisten teutschen Gerichten enthielt eine Ladung eine Frist von 14 Nächten, welche dreymal wiederholt ward, ehe der Ungehorsame für sachfällig erklärt wurde. Jeder Ladung ward ausserdem noch ein Tag, an welchem der Beklagte noch erscheinen konnte, zugerechnet, welches denn zusammen gerade einen Zeitraum von 6 Wochen und 3 drey Tagen ausmacht. S. Gundlingiana Stück XXVI. Nr. 1. *Christ. Gottl.* RICCIUS Spec. iur. Germ. de praescriptione Germanorum. Cap. XII. Ausserhalb Sachsen wird an vielen Orten unter

es aber an ſolchen beſondern Beſtimmungsnormen, ſo wollen verſchiedene Rechtsgelehrten bey dem vorkommenden Ausdruck Jahr und Tag die Zeit von einem Jahre und einem Monate für die Regel annehmen [20]). Allein ob ſich eine aus dem Longobardiſchen Lehnrechte [21]) hergenommene Erklärung auf teutſchen Sprachgebrauch übertragen laſſe, getraue ich mir um ſo weniger zu behaupten, da nicht einmahl die Leſeart des Longobardiſchen Textes, worauf man ſich beruft, außer Zweifel iſt [22]).

ter Jahr und Tag nur ein Jahr und ein einziger natürlicher Tag von 24 Stunden verſtanden. Z. B. in dem Herzogthum Würtenberg bey Ausübung des Retracts. S. FROMMANN Diſſ. de iure retractus Würtenbergico §. 21. Ferner in Hamburg und Lübeck wird bey Verjährungen unter der Benennung Tag auch nur ein Zeitraum von 24 Stunden begriffen. MEVIUS in Comment. ad Ius Lubecenſe Lib. I. Tit. VIII. Art. I. n. 16. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Diſſ. de praeſcriptione annali iuris Lubecenſis §. 8. RICCIUS c. l. pag. 117. Walch vom Näherrecht. S. 225.

20) Lib. Bar. *a* WERNHER in ſelect. Obſervat. for. Tom. II. P. VIII. Obſ. 393. Wieſand im juriſtiſchen Handbuche S. 588. Elſäßer von der Beſtimmung des Zeitraums, welchen die Benennung: Jahr und Tag, oder Jahr und Tage, in ſich ſchließt: in den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen I. Band Nr. II. S. 24. ff.

21) Man führt *II F.* 24. *pr.* 40. *pr.* 52. §. *ult.* und 55. an, in welchen Texten zur Nachſuchung der Inveſtitur ein annus et dies feſtgeſetzt wird; und erklärt dieſes vermittelſt eines andern Textes *I. F.* 22. §. 1. durch ein Jahr und einen Monat.

22) Schon Cujaz hielt den Text *I. F.* 22. §. 1. für corrupt, und las ſtatt *ultra annum et menſem* nach ſeinem Codex ultra annum et diem; und daß dieſe Leſeart ſehr viel für ſich habe, beweißt Carl Adolph Freyh. von Braun in der Vertheidigung der Cujazianiſchen Lection des Textes I. F. XXII. §. 1. Sie befin-

Ich bin daher vielmehr der Meinung, daß, in Ermangelung näherer Bestimmungsgründe, von dem gemeinen Sprachgebrauche nicht abzuweichen, und daher unter dem einer Jahresfrist beygefügten Tage im Zweifel nur ein Zeitraum von 24. Stunden zu verstehen sey [23]). Da indessen die Bedeutung der Worte: Jahr und Tag selbst unter den Rechtsgelehrten noch sehr streitig ist, so ergiebt sich hieraus eine für practische Rechtsgelehrte höchst wichtige Cautel, nämlich sich in ihren Aufsätzen über Verträge, Testamente u. s. w. jener dunkeln und unbestimmten Zeitclausel, die nur allzuoft Ursache der unglücklichsten und langwierigsten Rechtshändel geworden ist [24]), ganz zu enthalten, und lieber die Zeit nach der ihnen erklärten wahren Absicht der Disponenten deutlich zu bestimmen.

det sich in des Hrn. Dir. Zepernicks Sammlung auserles. Abhandlungen aus dem Lehnrechte I. Th. Nr. VIII. S. 123—128.

23) MANTZEL in Select. iurid. Rostochiens. P. I. S. 159. ff. Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern, vermehrt von Ernst Ludwig August Eisenhart (Leipzig 1792. 8.) Abth. III. Nr. XXVI. B. §. 3. S. 239.

24) Einen merkwürdigen Rechtsstreit erzählt Hr. Prof. Goetz in den Beyträgen zur populären Rechtsgelehrsamkeit II. Bandes 3tes Stück Nr. XXII. S. 336. ff.

Lib. II. Tit. XIII.

De edendo.

§. 270.

Edition der Klage nach römischen Gerichtsgebrauch.

Auf die in ius vocatio folgte nach der ältern römischen Proceßordnung die Edition der Klage. Diese geschahe in iure d. i. vor dem Prätor. Es konnte zwar auch der Kläger schon vorher dem Beklagten eröfnen, warum er ihn vor Gericht fordere. Allein er war dazu nicht verbunden; (§. 236. a. S. 338 f.) und wenn es auch zuweilen geschahe, so war doch dieß keine solche förmliche Edition, welche die römische Gerichtsordnung erforderte. Denn diese mußte vor Gericht in gehöriger Form Rechtens geschehen [25]). Die EDITIO ACTIONIS bestand nun darin. Der Kläger zeigte dem Beklagten förmlich die Art der Klage an, welche er gegen ihn anstellen wollte. Dieß konnte, wie Ulpian [26]) lehrt, auf fünferley Art geschehen. Entweder der Kläger eröfnete dem Beklagten mündlich, aus welchem Grunde er ihn belange; oder er theilte ihm den schriftlichen Klaglibell mit; oder er ließ dem Beklagen solchen abschreiben, oder er dictirte

25) Man unterscheide also zwischen der gerichtlichen und ausser-gerichtlichen Edition der Klage, auf solche Art läßt sich auch der Streit einiger Rechtsgelehrten über die Frage: wo? und wenn die editio actionis bey den Römern geschehen sey? am leichtesten beylegen. Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretat. receptar. iuris civ. lectionum lib. I. cap. 19.

26) *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.*

ihm selbst daraus seine Klage; oder der Kläger führte seinen Gegner hin zum Album des Prätors [27]), und zeigte ihm daselbst mit dem Finger die Klagformel, deren er sich wider ihn bedienen wollte. Die Klage wurde also dem Beklagten ehemahls mittelst einer gewissen Formel edirt, deren unrichtige Auswahl oder fehlerhafter Vortrag zuweilen den Verlust des ganzen Prozeßes nach sich ziehen konnte [28]). Kr. Theodosius der jüngere schafte jedoch diese unbillige Strenge sammt den feyerlichen Formeln im Proceß ab [29]). Damit nun aber der Beklagte auch zugleich in den Stand gesetzt werden möchte, zu überlegen, ob er mit dem Kläger streiten, oder nachgeben wolle; so mußte der Kläger dem Beklagten zugleich eine Abschrift von denjenigen Urkunden mittheilen, deren sich ersterer zum Erweiß seiner Klage bedienen wollte.

27) Das Album des Prätors (§. 209. S. 255.) faßte also nicht blos Edicte sondern auch Klagformeln in sich. Schon CICERO *pro Roscio Comoedo* cap. 8. sagt von seinen Zeiten: *Sunt iura, sunt formulae, de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo — publicae a Praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur.* Die Meinung derjenigen, die ein von dem albo Edictorum ganz verschieden gewesenes album Formularum des Prätors annehmen, widerlegt Hr. Dir. ZEPERNICK in animadvers. ad SICCAMAE libr. de iudicio centumvirali Lib. I. cap. 4. not. g. pag. 31.

28) CICERO *de Invent. lib. II. c.* 19. QUINCTILIANUS *Instit. Orat. lib. VII. c.* 3. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 3.

29) *L. un. Cod. Theod. de omiss. action. impetrat. L.* 2. *Cod. Iustin. de Formulis et impetrationib. action. sublatis.* SCHULTING cit. loc. §. 5.

te [30]). Jedoch geschahe diese editio instrumentorum nur, wie Ulpian [31]) sagt, sine die et consule. Denn es kam hier noch auf keinen völligen Beweiß, der erst künftig bey dem Judex Pedaneus instruirt wurde, sondern nur auf einige Information des Beklagten von dem Rechte des Klägers an. In den neuern Zeiten hat sich bey den Römern in Ansehung der Edition der Klage viel geändert. Statt den Beklagten erst vor Gericht zu rufen, pflegte der Kläger seine Klage gleich schriftlich im Gericht zu übergeben, und die Obrigkeit ließ hierauf die Klageschrift durch den Gerichtsboten dem Beklagten mit dem Befehl, vor Gericht zu erscheinen, zustellen, wie bereits an einem andern Orte (§. 219. S. 297.) ist bemerkt worden.

§. 271.

Heutiges Recht. Begriff der Klage. Bedeutung des Worts ACTIO.

Heutiges Tages wird die Klage bey dem Richter entweder mündlich oder schriftlich angebracht. Ersteres findet in summarischen Sachen statt, und es muß in diesem Falle über den mündlichen Vortrag des Klägers ein Protocoll gefaßt werden. Letzteres hingegen wird in dem ordentlichen Proceß erfordert, (§. 220.

30) *L.* 1. *§.* 3. *L.* 11. *D. h. t.* CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 14. NOODT in Comment. ad Digesta h. t. Tom. II. Oper. pag. 66.

31) *L.* 1. *§.* 2. *D. h. t.* Editiones *sine die et Consule* fieri debent, ne quid excogitetur e die et Consule, et praelato die (i. e. *anteverso* s. *anticipato* die) fiat. Vid. CUJACIUS lib. III. Observat. cap. 7.

S. 299. f.) und die Schrift, in welcher die Klage dem Richter vorgetragen, und die Bitte beygefügt wird, daß, durch Verurtheilung des Beklagten, dem Kläger zu seinem Recht verholfen werden möge, heißt das Klageschreiben, oder die Klageschrift (libellus). Dieses Anbringen des Klägers wird nun hierauf von dem Richter der an den Beklagten zu verfügenden Ladung copeylich beygefügt. (§. 228. S. 318.) Da wir hier von dem Anbringen der Klage bey dem Richter handeln, so wird es vor allen Dingen nöthig seyn, erst den Begrif der Klage näher zu bestimmen [32]). Unser Verfasser sagt: ACTIO est *remedium ius suum persequendi in iudicio.* Allein dieser Begrif scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Denn auch die Einrede ist unläugbar ein Mittel, sein Recht vor Gericht zu verfolgen. Wie will man nun mittelst jenes Begrifs Klage und Einrede von einander unterscheiden? Man wende mir nicht ein, was Ulpian *lib. IV. ad Edictum* [33]) sagt: AGERE etiam is videtur, *qui exceptione utitur*; nam reus in exceptione actor est. Denn daß dieser uneigentliche Ausdruck nur in Ansehung des Beweises zu verstehen sey, welchen der Beklagte, wenn er Einreden vorschützt, eben so wie der Kläger, wegen des Klagegrundes, übernehmen muß, ist schon von andern bemerkt worden [34]). Selbst Ulpian unter-

32) Ant. Aug. Clar Abhandlung von der Klage. Göttingen 1756. 4.

33) *L. 1. D. de Exceptionib.*

34) *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. *T. II. Oper. pag. 66. Fratr.* BECMANNORUM Consilia et Decision. P. I. Resp. VII. n. 68. pag. 158. Adolph Dietrich Weber in den Beytragen zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden

unterſcheidet an einem andern Orte *Lib.* 74. *ad Edictum* [35]) Klage und Einrede ſehr genau, wenn er ſagt: EXCEPTIO dicta eſt quaſi quaedam excluſio, quae opponi actioni cuiusque rei ſolet, ad elidendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum eſt. Und Paulus [36]) ſagt ganz ausdrücklich *Lib.* 3. *ad Edictum:* actionis verbo non continetur exceptio. Klage heißt alſo vielmehr ein gerichtliches Zwangsmittel, deſſen ich mich zu dem Ende bediene, damit ein Anderer verurtheilt, und von dem Richter angehalten werde, mir etwas zu leiſten, was ich mit vollkommenen Rechte von ihm fordern kann. Einrede hingegen iſt ein gerichtliches Vertheidigungsmittel wider die Klage. Sowohl durch Klage als durch Einrede verfolgt man alſo ſein Recht gerichtlich, aber freylich aus ganz verſchiedener Abſicht. Denn die gerichtliche Rechtsverfolgung mittelſt der Klage geſchiehet zu dem Ende, damit der Beklagte verurtheilt werde, uns etwas zu leiſten. Wer hingegen mittelſt einer Einrede ſein Recht vor Gericht verfolgt, hat nur die Abſicht, ſich dadurch von dem Anſpruche des Klägers, es ſey ganz oder zum Theil, auf immer oder wenig-

den I. Betracht. S. 16. Ulpian ſelbſt läßt uns hieran nicht einen Augenblick zweifeln, wenn derſelbe *L.* 19. *pr. D. de probat.* ſich hierüber folgendermaßen erklärt: In exceptionibus dicendum eſt, *reum partibus actoris fungi oportere;* ipſumque exceptionem velut intentionem, implere: utputa ſi *pacti conventi exceptione* utatur, *docere debet, pactum conventum factum eſſe.*

35) *L.* 2. *pr. D. de Exceptionib.*

36) *L.* 8. §. 1. *D. de Verbor. Significat.*

wenigstens auf eine Zeitlang, zu befreyen [37]). Wenn Justinian [38]) sagt: ACTIO nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur; so will Cujaz unter dem Wort ius eine Formel verstehen, und Horomann [39]) diesen Begriff blos auf Personalklagen einschränken, weil nur diese Klagen allein auf etwas giengen, quod nobis debetur, durch Realklagen hingegen dasjenige gefordert werde, quod nostrum est. Allein beyde Meinungen sind irrig, und von Vinnius, Marcilius und Janus a Costa schon widerlegt worden. Es wäre gewiß eben so lächerlich gewesen, wenn Justinian noch zu seinen Zeiten den Begriff der Klage auf die längst aufgehobene Solennität der Formel hätte einschränken, als wenn er statt eines allgemeinen Begriffs, den doch jeder Vernünftige in einem generellen Titel von Klagen erwartete, dem angehenden Rechtsbeflissenen einen solchen Begriff hätte beybringen wollen, der nur allein auf eine besondere Gattung von Klagen anwendbar gewesen wäre. Daß überdem das Wort DEBERE ein Prädicat aller und jeder Klagen seyn könne, bezeugt Ulpian [40]). Justinian

37) Ulpian bestätigt dieses deutlich, wenn er *L. 2. §. 2. D. de Except.* sagt: Illud tenendum est, omnem exceptionem *excluſoriam* esse. EXCEPTIO enim *actorem excludit*. Den Unterschied zwischen Klage und Einrede, so wie auch die Frage, wenn es vortheilhafter sey, die eine oder die andere Art der Rechtsverfolgung zu ergreifen? hat Hr. Prof. Weber in den angeführten Beytragen S. 17. ff. vortreflich aus einander gesetzt.

38) *Pr. I. de Actionib.*

39) Obſervation. lib. III. cap. 17.

40) *L.* 178. §. 3. *D de Verb. Signific.* Hoc verbum DEBUIT omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, ſive civilis

nian nimmt also das Wort ACTIO in der angeführten Stelle für ein Recht, etwas gerichtlich zu fordern, was uns ein Anderer zu leisten schuldig ist; welches eine in dem römischen Rechte ganz gewöhnliche Bedeutung ist. Denn wenn gesagt wird Praetor dat actionem, actio extincta est, so bedeutet in diesen Redensarten ACTIO so viel als das Recht zu klagen. Ich übergehe andere Bedeutungen dieses Worts, die man bey Ulpian[41] und Westenberg[42] findet, und bemerke nur noch, daß das teutsche Wort Klage in der Praxis auch häufig für das schriftliche Anbringen derselben, oder die Klageschrift genommen werde[43], ohnerachtet eigentlich zwischen der Klage selbst und der Anbringung derselben ein eben solcher Unterschied, wie zwischen dem Rechtsmittel selbst und dem wirklichen Gebrauche desselben ist[44].

§. 272.

lis sive honoraria sit. *Iul.* PACIUS in Analysi Institution. ad Pr. Tit. de Actionibus pag. 599. sagt daher ganz richtig: *Etiam rei vindicatione peti quod debetur: petimus enim rem nostram nobis restitui, id est, possessionem, quam non habemus: atque hoc ipsum possessio, seu restitutio rei nostrae recte dicitur nobis deberi.*

41) *L.* 178. §. 2. *D. de Verb. signif.*

42) Princip. iuris sec. ordin. Institutionum Lib. IV. Tit. 6. §. 2.

43) So z. B. sagt Clar in der angef. Abhandlung Abschn. I. §. 4. die Klage, welche Libell genennt wird, sey nichts anders, als der Vortrag, worin der Kläger dem Richter wegen seiner an den Beklagten habenden Ansprüche Vorstellung thut, den Grund derselben anführt, und eine daraus herfließende geziemende Bitte hinzufügt.

44) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 60. Not. a.

§. 272.

Eintheilungen der Klagen. I) nach ihrem Zweck. Petitorische und Possessorische. II) nach ihrem nächsten Fundament. Präjudizialklagen.

Es giebt nun verschiedene Arten von Klagen [45]). Man theilt sie I) nach Verschiedenheit ihres Zwecks in petitorische und possessorische ein. Unser Verf. gedenkt dieser Eintheilung in der Not. i. Klagt man zu dem Ende, daß uns ein gewisses dingliches oder persönliches Recht zuerkannt werde, so heißt die Klage eine petitorische [46]). Klagt man hingegen blos auf den Besitz, entweder daß man den Besitz einer Sache, den man noch nicht gehabt, erlange, oder daß man in dem schon habenden Besitz geschützt werde, oder daß man den ver-

45) Hier sind besonders diejenigen nachzusehen, die von Klagen geschrieben haben, und welche unser Verf. in der Not. h. anführt, zu BOEHMERI doctrina de actionibus, sind jedoch hinzuzufügen *Io. Tob.* CARRACHII Adnotationes ad BOEHMERI doctrinam de actionibus. *Halae* 1775. 8. und *Henrici* WAGNERI Meditationum, quibus universa actionum materia exponitur, atque BOEHMERI doctrina de actionibus illustratur, corrigitur, suppletur, Pars I. et II. *Frfti ad Moenum* 1774. *et* 1775. 8. Mit Schmidts practischen Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden aber ist, ausser den schon mehrmals angeführten Beyträgen zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden des Hrn. Prof. Webers (Schwerin und Wismar 1789. 8.), noch zu verbinden D. Ernst Gottfr. Schmidts theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters angeführtes Lehrbuch. I. u. II. Band. Leipzig 1792. u. 93. 8. Ausserdem *G. H.* HODERMANN doctrina practica de actionibus et exceptionibus Tomi IV. *Lemgoviae* 1787 — 1792. 8.

46) In den römischen Gesetzen wird das Wort PETITIO zuweilen in einer noch engern Bedeutung für eine dingliche Klage genommen. *L.* 178. *§.* 2. *D. de Verb. Significat.*

verlohrnen Besitz wieder bekomme, so heißt eine solche Klage eine possessorische[47]). Sie unterscheiden sich ihrer Wirkung nach besonders darin von einander, daß bey den Possessorienklagen summarisch verfahren wird. Es werden daher bey diesen keine Einreden, die einer weitern Ausführung bedürfen, (exceptiones altioris indaginis) zugelassen. Denn der Besitz einer Sache darf nicht durch unnöthige Weiterungen behindert und aufgehalten werden, damit solche nicht unbenutzt bleibe. Possessorienklagen bedürfen daher auch keines förmlichen Beweises, sondern nur einer Bescheinigung. Dahingegen haben petitorische Klagen eine mehreren Weitläuftigkeiten unterworfene Beschaffenheit. Es ist daher der Regel nach rathsamer, possessorisch, als petitorisch zu klagen, wenn nämlich der Kläger kein klares, sondern nur etwa ein präsumtives Recht zu bescheinigen im Stande wäre[48]). Denn wer wegen des streitigen Rechts klare Beweismittel in Händen hat, handelt freylich vortheilhafter, wenn er, statt der Possessorienklage, gleich die Petitorienklage anstellet, weil er alsdann auch nach der Regel: Petitorium absorbet possessorium, sich zugleich des Besitzes zu erfreuen hat[49]). Klagen werden II) wenn man auf das nächste Fundament

47) Von den possessorischen Klagen handeln ausführlich Schmidt im practischen Lehrbuch von gerichtl. Klagen II. Th. 1. Abschn. und Desselben Sohn im Commentar I. Band. S. 223. ff.

48) Cajus rathet dieses selbst in der *L. 24. D. de Rei vindicat.* an, quia longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.

49) S. Schmidts theoretisch-practischen Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen I. Band §. 146. S. 228.

ment derselben siehet, in solche eingetheilt, welche aus dem Personenrecht entstehen, und den Zustand einer Person betreffen, und in solche, welche aus dem Sachenrecht entspringen. Die Klagen der erstern Art werden Präjudizialklagen genennt [50]). Sie haben ihren Namen daher erhalten. *Praeiudicium* heißt überhaupt ein streitiger Punct, der zuvörderst muß erörtert und entschieden werden, weil die Entscheidung einer andern Sache davon abhängt [51]), und wird sowohl von Klagen, von deren Entscheidung mehrere andere Rechtsfragen abhängen [52]), als von rechtlichen Einreden gebraucht, welche eher, als die Hauptsache selbst, erörtert und entschieden werden müssen [53]). Weil nun auch bey dem Zustande einer Person über die davon abhängenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht eher erkannt werden kann, als bis der Zustand selbst in Richtigkeit gesetzt ist, und daher von dem Erkenntniß über den Zustand zugleich die Entscheidung vieler anderer darauf sich beziehender Rechtsfragen abhängt, so werden deßhalb die den Zustand der Personen betreffende Klagen *actiones praeiudiciales* genennt. Diese Präjudizialklagen sind nun von verschiedener Art. Es wird entweder mittelst derselben wegen eines der drey bürgerlichen Hauptstände, nämlich der Freyheit, des Bürgerrechts, oder des Familienzustandes,

50) S. Schmidt im pract. Lehrbuch von Klagen 2. Abschn. 1. Abth. §. 218. ff. und den angef. Commentar darüber II. Band. S. 1. ff.

51) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* RAEVARDI de Praeiudiciis libri II. *Brugis Flandror.* 1565. 8. und DUARENUS Lib. II. Disputat. anniversar. cap. 2.

52) *L.* 37. *D. de obligat. et action.* *L.* 54. *D. de iudiciis.*

53) *L.* 13. *L.* 16. *et* 18. *D. de Exceptionib.*

des [54]), oder es wird wegen eines andern persönlichen Zustandes [55]) geklagt. Im erstern Falle werden sie *actiones praeiudiciales directae*, im andern *utiles* genennt. Sie werden ferner in affirmative und negative Präjudizialklagen eingetheilt, je nachdem man entweder einen gewissen Zustand zu haben behauptet, dessen Rechte, in deren Besitz man sich jedoch nicht befindet, uns ein Anderer nicht einräumen will; oder einen gewissen Zustand zu haben läugnet, dessen Verbindlichkeiten uns Jemand aufbürden will. Man setze z. B. es wolle Jemand in einer Stadt bürgerliche Nahrung treiben, die Bürgerschaft wolle ihm aber solches aus dem Grunde nicht vergönnen, weil er kein Bürger dieser Stadt sey. Nun sind zwey Fälle möglich. Entweder er befindet sich in dem Besitz der Ausübung des von der Bürgerschaft geläugneten Rechts, oder nicht. Im erstern Falle kommt ihm eine Possessorienklage zu statten. Im letztern Falle aber muß er die affirmative Präjudizialklage wegen des Bürgerschaftzustandes anstellen, und sein Gesuch dahin richten: daß er, Implorant, für einen Bürger dieser Stadt zu halten, derowegen Imploraten ihm die Treibung der gemeinen bürgerlichen Nahrung zu verstatten schuldig. Man setze ferner, der Stadtrath behandele mich als seinen Bürger, und fordere von mir die

54) *Iac. Thom.* GAUDLITII Diss. de actionibus familiae praeiudicialibus. *Lipsiae* 1767. und *Otto Phil.* ZAUNSCHLIFFER Diss. de insigni actionis praeiudicialis utilitate in tuendo familiarum iure. *Marb.* 1699.

55) Z. B. wenn darüber Streit entstehet, ob jemand vom Adel sey, oder seine bürgerliche Ehre habe, oder eines Meisters Sohn sey, und daher zum Meisterrecht zuzulassen? S. CARRACHII Adnotation. ad BOEHMERI doctrinam de actionibus Sect. II. cap. I. §. 5. et 6. pag. 56.

die Leistung der mit dem Bürgerschaftszustande verknüpften Verbindlichkeiten und Lasten. Ich läugne aber ein Stadtbürger, und zu Leistung der mir angesonnenen bürgerlichen Lasten verbunden zu seyn. Auch hier sind wieder zwey Fälle zu unterscheiden. Entweder ich befinde mich in dem Besitze der Befreyung von diesen Verbindlichkeiten, z. B. ich habe bisher noch gar keine bürgerliche Lasten getragen, oder nicht, z. B. ich habe einmahl eine Zeitlang die von mir geforderten bürgerlichen Beschwerungen mitgetragen, aber bloß aus gutem Willen, bloß aus Mitleidenheit. Im erstern Falle kommt mir ebenfalls eine Possessorienklage zu statten, und ich muß in dem Besitz der Befreyung von den mir angesonnenen bürgerlichen Lasten so lange geschützt werden, bis mein Gegner seine Intention durch eine Petitorienklage ausgeführt hat. Im andern Falle hingegen stelle ich die negative Präjudizialklage *de statu civitatis* an, und richte mein Gesuch dahin: daß ich für keinen Bürger dieser Stadt zu halten, derowegen auch imploratischer Stadtrath mich mit allen Beschwerungen eines Bürgers zu verschonen schuldig. Klagt mein Gegner wider mich, der mir entweder das Zustandsrecht, in dessen Besitz ich mich befinde, nicht zugestehen, oder einen mir nachtheiligen Zustand und damit verknüpfte Verbindlichkeiten mir aufbürden will, von denen ich frey zu seyn vermeine; so heißt die Klage meines Gegners wider mich *actio praeiudicialis contraria*, und ist im erstern Falle eine negative im andern aber eine affirmative. Der sel. Hofrath Schmidt handelt hiervon in seinen öffentlichen Rechtssprüchen ausführlich [56]). Von den Eigenschaften der Präjudizialklagen bemerken wir übrigens noch, 1) daß sie summarisch tractirt werden. 2) Sie gehö-

56) im IV. Abschn. Nr. LXXXII. S. 551. ff.

gehören zwar an sich weder zu den persönlichen noch dinglichen Klagen (§. 273.), da sie weder aus einem dinglichen Rechte, noch aus einem obligatorischen Factum entspringen; aber darin sind sie dennoch den dinglichen Klagen ähnlich, daß es bey denselben mehr um die Proprietät eines Rechts, welches Jemand zu behaupten, oder einem Andern streitig zu machen sucht, als um die Verbindlichkeit einer Person zu thun ist, dieselben auch überdem wider einen jeden angestellet werden können, der uns in der Ausübung unserer Zustandsrechte stöhrt [57]). 3) Wenn wegen des Standes einer Person nach vorhergegangener gründlicher Untersuchung einmal rechtskräftig erkannt worden ist, so gilt ein solcher rechtskräftiger Urtheilsspruch für eine rechtliche Wahrheit auch gegen alle nachherige Klagen, die wegen dieses Zustandes von andern Personen angestellet werden [58]). Denn der Stand klebt der Person an, und wofür jemand einmal rechtskräftig erklärt ist, dafür muß er nun auch von einem jeden andern angesehen und gehalten werden [59]). Wäre wider den Contradictor blos aus Ungehorsam desselben erkannt worden, so giebt das rechtskräftige Urtheil wider einen Dritten keine Schutzrede [60]). Endlich 4) ist noch zu bemerken, daß

57) So ist Justinian zu verstehen, wenn er §. 13. *I. de Action.* sagt: Praeiudiciales actiones in rem esse videntur.

58) *L.* 25. *D. de statu hom. L.* 1. §. *fin. L.* 2. *L.* 3. *pr. D. de agnosc. vel alend. lib.* CARPZOV in Iurispr. for. P. I. Constit. XXVI. definit. 16. n. 1.

59) Claproths Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß II. Th. §. 104. S. 14.

60) *L.* 17. §. 1. *D. de inoff. testam. L.* 27. §. 1. *D. de lib. caus. L.* 14. *D. de appellat.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 25. D. de statu homin. n. 3. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 277.

über den Zustand eines Verstorbenen nach fünf Jahren keine weitere zum Nachtheil desselben gereichende Frage aufgeworfen werden darf [61]), welches besonders in Absicht auf die Dauer der Inofficiositätsklage einen wichtigen Einfluß hat.

§. 273.

Eintheilung der aus dem Sachenrecht entspringenden Klagen.

Die aus dem Sachenrecht entspringende Klagen sind von dreyerley Art. Sie gründen sich entweder blos auf ein dingliches, oder blos auf ein persönliches Recht, oder auf beydes zugleich. Die Klagen der erstern Art heissen **Real, oder dingliche Klagen** (actiones in rem, vindicationes, petitiones); die von der andern Art **persönliche Klagen,** (actiones in personam, condictiones), die der letztern Art aber **vermischte Klagen** (actiones mixtae). Der Unterschied dieser Klagen [62]) hängt von den Wirkungen des dinglichen und persönlichen Rechts ab, von welchen an einem andern Orte dieses Commentars (§. 176. u. 177.) gehandelt worden ist. Die Begriffe unsers Verfassers von Real- und Personalklagen sind offenbar unrichtig. ACTIONES REALES sunt, sagt er, *per quas res nostras a quolibet earum possessore petimus.* Allein einmal paßt dieser Begriff auch auf actiones in rem scriptas, welche doch ihrem Fundamente nach bloße Personalklagen sind, wie unser Verfasser am Ende dieses

61) S. *tot. Tit. D. ne de statu defunctor. post quinquenn. quaeratur.* (XL. 15.)

62) FROMMANN Differentiae actionum realium et personalium. *Tub.* 1670. GRASSUS in Praxi action. forens. Divis. V.

dieſes §. ſelbſt nicht läugnet; und dann ſind nicht einmal alle Realklagen von der Art, daß ſie gegen jeden Beſitzer der Sache angeſtellet werden können, wie ſchon an einem andern Orte [63]) bemerkt worden iſt. Wenn er ferner ſagt: PERSONALES, *quibus cum eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad dandum vel faciendum*, ſo werden durch dieſen Begrif die actiones in rem ſcriptae ausgeſchloſſen, welche doch unſtreitig zu den Perſonalklagen gehören. Richtiger iſt hingegen ſein Begrif von gemiſchten Klagen, wenn er darunter diejenigen verſtehet, *quae partim ex iure reali partim ex iure perſonali naſcuntur*. Verſchiedene Rechtsgelehrte [64]) wollen zwar läugnen, daß es gemiſchte Klagen gebe, allein Juſtinian widerlegt dieſe Meinung hinlänglich, wenn er ſagt [65]): Quaedam actiones mixtam cauſam obtinere videntur, tam in rem, quam in perſonam: qualis eſt familiae erciſcundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune eſt, ut id dividatur. Item finium regundorum, quae inter eos agitur, qui confines agros habent. Alle dieſe hier genannte

63) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 176. u. 177. S. 499. f.

64) Z. B. *Ant.* FABER de Errorib. pragmaticor. P. IV. Decad. 94. Err. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris ſec. ord. Inſtitution. Lib. IV. Tit. 6. §. 15—22. *God. Reinold.* KOESELISIUS in Diſſ. de actionibus mixtis et non mixtis. *Viteмb.* 1727. Cap. II. u. a. m. Allein *Reinh.* BACHOVIUS Tract. de actionibus Diſput. II. §. 7. *Iul.* PACIUS in Analyſi ad §. 20. I. de actionib. pag. 624. ſq. *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 12. *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 20. I. de actionib. und HEINECCIUS ad VINNIUM pag. 782. haben dieſe Meinung hinlänglich widerlegt.

65) §. 20. I. *de actionib.*

Klagen gehen auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, nun kann mit Recht keine Theilung verlangt werden, wenn man kein Miteigenthum an der Sache hat. Sie haben aber auch zugleich gewisse Personalforderungen zum Gegenstande, z. B. Ablegung der Rechnung, Schadenersatz, Leistung des Interesse; diese entspringen aus einem Quasicontract [66]). Ausser jenen Theilungsklagen wird auch die hereditatis petitio ausdrücklich eine actio mixta genennt [67]). Das Hauptrecht bey dieser Klage ist zwar das Erbrecht, sie ist daher in dieser Hinsicht eine actio in rem. Allein sie gehet auch zugleich auf gewisse praestationes personales, nämlich daß der Besitzer der Erbschaft Rechnung ablege und die Schäden ersetze [68]). Diese entstehen aus dem Factum der Administration quasi ex contractu, und in dieser Rücksicht ist die Klage zugleich persönlich. Zuweilen können jedoch dergleichen gemischte Klagen mehr persönlich als dinglich seyn [69]). Ja es steht bey diesen Klagen dem Kläger frey, ob er blos dinglich oder persönlich klagen will [70]). Von den dinglichen Klagen sind die ACTIONES IN REM SCRIPTAE zu unterscheiden. Sie sind an sich nur personelle Klagen, welche aus persönlichen Verbindlichkeiten entspringen. Allein das persönliche Recht inhärirt hier mehr der Sache, die man verfolgt, als einer gewissen Person.

66) *L.* 1. *D. fin. reg.* *L.* 22. §. 4. *D. fam. erciſc.* *L.* 4. §. 3. *D. comm. divid.* Man sehe hierbey vorzüglich *Franc.* HOTOMANNI Commentar. in Institutiones pag. 453.

67) *L.* 7. *Cod. de hereditat. petit.*

68) *L.* 25. §. 18. *D. eod.*

69) Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1092. S. 877.

70) Schmidt im Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. I. Th. §. 33.

son[71]). Daher haben sie auch wider die Natur anderer persönlichen Klagen die besondere Eigenschaft, daß sie wider jeden Besitzer der Sache, an welcher wir ein dergleichen persönliches Recht haben, angestellet werden können. Dahin gehört z. B. die actio quod metus causa, (§. 448.) actio de pauperie (§. 695.) actio ad exhibendum (§. 743.)[72]).

§. 274. und 275.

Eintheilung der Personalklagen in *nativas* und *dativas*.

Personalklagen sind wieder von sehr verschiedener Art. Sie gründen sich entweder auf ein obligatorisches Factum, oder werden unmittelbar vom Gesetz, der Billigkeit wegen, gegeben. Erstere werden nativae, letztere hingegen dativae genannt[73]), z. B. actio ad exhibendum, condictio ex L. 32. D. de reb. credit.[74]). Bey diesen liegt eine unmittelbare Verbindlichkeit zum Grunde, wovon ich an einem andern Orte gehandelt habe[75]). Die actiones nativae entstehen nun entweder aus erlaubten oder unerlaubten Handlungen. Er-

71) *Io.* CORASIUS Miscellaneor. iuris civ. Lib. I. cap. 22. n. 4. sagt: *Ideo* SCRIPTAE IN REM *dicuntur, quod in rem ita sunt conceptae et scriptae, ut earum verba rem ipsam, non item personam tangant et respiciant.*

72) *Sim. Pet.* GASSERI Diss. de actionibus in rem scriptis earumque genuino conceptu. *Halae* 1738.

73) *Io. Andr.* FROMMANN Diss. collationem exhib. actionum dativarum cum nativis. *Tub.* 1683. und *Mich.* GRASSI Diss. de praxi antiquo-moderna actionum forensium in specie nativarum et dativarum. *Tub.* 1723.

74) S. *Io. Lud.* CONRADI Comm. de Iuventiana condictione, quae est in L. 32. D. de reb. credit. *Marb.* 1774. 8.

75) Im ersten Theil dieses Commentars. §. 2.

stere entweder aus einem acceptirten Versprechen, oder nicht. Letztere entweder aus einer Pollicitation, oder aus einem Quasicontract (§. 2.). Klagen, die sich auf ein acceptirtes Versprechen gründen, können entweder aus eigentlich sogenannten Verträgen, oder aus Contracten entstehen. Letztere sind wieder von zweierley Art, entweder Hauptklagen, actiones directae, wodurch auf Erfüllung der aus dem Contract entstehenden wesentlichen und Hauptverbindlichkeit geklagt wird, z. B. actio commodati directa, actio depositi directa; oder Gegenklagen, actiones contrariae, mit welchen bloß auf die Ersetzung eines bey Gelegenheit eines Contracts erlittenen Schadens wider denjenigen geklagt wird, der aus dem Wesen des Contracts nie, sondern nur zufälliger Weise verbindlich wird. Z. B. actio depositi, commodati contraria.

Die aus unerlaubten Handlungen entspringende Klagen haben entweder die öffentliche Bestrafung des Beklagten, oder das eigene Interesse des Klägers zur Absicht. Im erstern Fall werden sie Criminalklagen, oder Accusationes, Anklagen, im andern hingegen Civilklagen (§. 195.) genannt[76]). Diese gehen entweder bloß auf die Entschädigung des Klägers, oder sie werden auf eine Privatstrafe gerichtet, d. i. auf eine Geldstrafe, welche dem Kläger zu Theil wird, oder es wird auf eine gewisse Summe Geldes geklagt, die theils eine Entschädigung des Klägers, theils Strafe für des Beklagten Vergehen enthält. Erstere heißen actiones ex delictis mere rei persecutoriae z. B. con-

76) *Io Andr.* FROMMANN actionum civilium et criminalium differentiae principes. Dissert. I. et II. Tub. 1682. besonders aber *Ios* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 32. D. de obligat. et action. pag. 627. sq.

condictio furtiva, die andern actiones poenales, z. B. actio furti, die leztern actiones rei et poenae perſecutoriae oder mixtae, z. B. actio de vi bonorum raptorum in quadruplum [77]). Die Pönalklagen waren bey den Römern wieder von zweyerley Art, entweder populares [78]) ſeu publicae [79]), welche wegen des allen gemeinſchaftlichen Intereſſe jeder von dem Volke anſtellen konnte, z. E. actio de albo corrupto (§. 209.) actio in factum de deiecto, inſofern durch das Herunterwerfen ein freyer Menſch war getödtet oder verwundet worden; oder privatae, welche nur auf den Beleidigten allein, wegen des ihm bloß eigenen Intereſſe, eingeſchränkt ſind. Daß Pönalklagen unſerer heutigen Verfaſſung gar nicht angemeſſen ſind, und daher in Deutſchland der Regel nach nicht ſtatt finden, iſt zwar eine von den meiſten Rechtsgelehrten anerkannte practiſche Wahrheit [80]), allein man hüte ſich, daß man keinen Miß-

77) §. 18. *I. de action.*

78) S. *Lib. XLVII. Tit.* 23. *D. de popularibus actionibus.*

79) *L.* 30. §. 3. *D. de iureiur. Nec mirum videri debet*, ſagt FINESTRES a. a. O. pag. 628. PUBLICUM *pro* POPULARI *accipi, quum* PUBLICUM *dicatur quaſi* POPULICUM.

80) Man ſehe hier vorzüglich Höpfners Commentar über die Heineccischen Inſtitutionen §. 1127. Es ſind jedoch zu denen daſelbſt angeführten Schriftſtellern noch hinzuzufügen *Marc.* a LYKLAMA Benedictorum libri IV. adverſus male dicta et errores cum pragmaticorum tum aliorum circa actiones ex delicto mere poenales et mixtas. *Lugd. Batav.* 1617. 8. *Chriſt.* THOMASII Diſſ. de uſu actionum poenalium iuris Rom. in foris Germaniae. *Halae* 1693. *rec.* 1740. *Aug. Wilh.* DREYER Diſſ. de Iuris Rom. et ſpeciatim de actionum poenalium in foris Germaniae auctoritate. *Goettingae* 1774. *Io. Tob.* CARRACHII Ad-

brauch davon macht. Denn nicht alle Klagen, die z. B. auf eine doppelte Erstattung des Unsrigen abzwecken, sind deßwegen gleich Pönalklagen, und fallen heutiges Tages weg. Sondern man hat vielmehr bey richtiger Beurtheilung der römischen Pönalklagen immer darauf zu sehen, ob sie einmahl aus einer unerlaubten Thathandlung auch wirklich entspringen, und dann zweitens, ob dasjenige, was die Gesetze mehr, als das Einfache, zu fordern erlauben, bloß als Strafe anzusehen sey. Denn so giebt es erstlich Klagen, die zwar auf das duplum angestellet werden können, aber doch darum nicht für Pönalklagen zu halten sind, weil sie weder aus einem Delict noch Quasidelict entstehen, ohne welches sich doch keine Strafe gedenken läßt[81]). Ein Beyspiel giebt die *actio de tigno iuncto*. Denn diese findet auch gegen einen bonae fidei poſſeſſor statt, bey welchem sich doch weder ein wahres noch Quasidelict gedenken läßt. Dennoch verbinden ihn die Gesetze zum Ersatz des doppelten Werths der verbaueten Materialien[82]). Zum andern können Klagen zwar aus einer uner-

Adnotation. ad BOEHMERI doctrinam de actionibus. Sect. I. Cap. III. ad §. 11. pag. 31. sq. *Lud. God.* MADIHN in Princip. iuris Rom. P. I. §. 155. und Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. I. Th. §. 44. S. 56. f.

81) *L.* 131. *pr. D. de Verb. signif.* Poena sine fraude esse non potest. Poena enim est noxae vindicta.

82) *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Dissert. VI. Cap. 2. (*Oper. a* IUNGIO *editor.* Tom. I. Nr. III. pag. 128.) *Bern. Io. van* HARSCAMP in Disp. de tigno iuncto. *Trajecti ad Rhen.* 1730. Cap. V. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertation. Belgicar.* Vol. II. T. I. pag. 440. sqq.) und Ernst Christ. Westphal in dem System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 441. haben dieses so bündig erwiesen, daß gar kein Zweifel übrig seyn kann.

unerlaubten Handlung entspringen, allein doch darum, weil die Gesetze bey der Bestimmung des doppelten Ersatzes nur hauptsächlich die vollkommene Entschädigung des Klägers aus Gründen der Billigkeit zur Absicht gehabt haben, um nämlich denselben hierdurch des ihm sonst obliegenden schweren Beweises seines habenden Interesse zu überheben, eigentlich nicht für Pönalklagen gehalten werden. Hiervon geben die *actio de tigno iuncto* gegen einen malae fidei possessor, ferner die *actio rationibus distrahendis* gegen einen Vormund, welcher während der Vormundschaftsverwaltung etwas von dem Vermögen des Pupillen unterschlagen hat, deßgleichen die *actio ex testamento* wegen verweigerter oder verzögerter Auszahlung des einer Kirche oder anderen milden Stiftung hinterlassenen Vermächtnisses, treffende Beispiele. Denn in allen diesen Klagen soll das duplum nur statt einer vollkommenen Schadensersetzung dienen [83]).

Wenn unser Verfasser am Ende des §. 274. die Klagen in certas und arbitrarias eintheilt, je nachdem

83) S. Schmidt im Lehrbuch von Klagen §. 1175. Derselbe §. 1092. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exerc. XLIX. §. 13. BOEHMER in doctr. de actionib. Sect. II. cap. VI. §. 22. not. u. LAUTERBACH in Colleg. Th. Pr. Pandectar. Lib. XXVII. Tit. III. §. 26. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 686. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründl. Theorie vom heutigen Gebrauch des Röm. Rechts §. 3. S. 16. f. L. B. a WERNHER in Observat. forens. T. II. P. VI. Obs. 367. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, II. Th. §. 105. S. 18. und 19. HOMMEL ad MENCKENII Introduct. in doctr. de actionib. for. Sect. II. c. II. Membr. XVI. Not. 1034. Anderer Meinung sind jedoch THOMASIUS cit. Diss. Cap. III. §. 38. u. 43. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect lib. XXVII. Tit. III. §. 17. p. 502. CARRACH in Adnotat. ad BOEHMERUM pag. 278.

dem sie entweder auf einen gewissen bestimmten Gegenstand gerichtet werden, oder die Bestimmung dessen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten hat, ganz allein von dem Ermessen des Richters abhängt, wie z. B. bey der *condictio de eo quod certo loco*, wo es auf eine Bestimmung des Interesse ankommt (§. 846.); so ist hierbey zu bemerken, daß actiones arbitrariae auch noch in einer andern viel gewöhnlichern Bedeutung in unserm römischen Rechte genommen werden. Man verstehet nämlich darunter solche Klagen, bey welchen der vom Prätor bestellte Judex pedaneus zuerst, nur gleichsam wie ein Schiedsrichter, bloß nach der Billigkeit bestimmte, wie der Kläger befriediget werden müsse, und der Beklagte, wenn er dieser Sentenz gutwillige Folge leistete, die weitere Verurtheilung vermeiden konnte; im entgegen gesetzten Falle aber sich durch seinen Ungehorsam ein härteres Urtheil zuzog [84]). In einigen Fällen war es nun schon durch die Gesetze bestimmt, auf wie hoch der Richter den Beklagten seines bewiesenen Ungehorsams wegen verurtheilen konnte, z. B. bey der actione quod metus wurde der Beklagte, wenn er die Sache nicht auf Befehl des Richters dem Kläger restituirte, auf das Vierfache condemnirt; in andern aber ward der obsiegende Theil zum iuramento in litem gelassen, mittelst welchen er seinen Scha-

84) Man vergleiche hierüber *Io. Matthaei* MAGNI (eigentlich *le* GRAND) Rationum et differentiarum iuris civilis liber I. de actionibus arbitrariis. Anjou 1602. 8. und hernach zugleich mit dem andern Buche de eo, quod interest, zu Paris 1605. 8. (in *Thesaur. Meermanniano* Tom. III. p. 266. sqq.) *Gabriel de* GAST Disput. de actione arbitraria. Orleans 1576. 4. (*Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 735. sqq.) *Ant.* FABER de erroribus Pragmaticor. P. IV. Decad. LXXXIX. err. 4—10. *Io.* CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. IV. cap. 12. und BACHOVIUS de actionibus. Disput. VII.

Schaden taxiren konnte, nämlich wie viel er sich dadurch verletzt hielt, daß der Gegentheil dem richterlichen Urtheil kein Genüge geleistet, wie z. B. bey der reivindicatio [85]), der actio de dolo, actio ad exhibendum u. a. m. Solche actiones arbitrariae unterscheiden sich also darin von andern Klagen, daß bey denselben gewöhnlicher Weise zwey Sententzen des Judex Pedaneus, von welchen die erste *arbitrium*, die andere aber erst *iudicium* oder *condemnatio* hieß, vorhergiengen, ehe sich der obsiegende Theil mit der actione rei iudicatae beym Prätor meldete, dahingeben bey andern Klagen derjenige, welcher den Proceß gewonnen hatte, sogleich ohne weitere Umstände zum Prätor gieng, und um die Vollstreckung des Urtheils bath [86]). Anton Faber [87]), will behaupten, daß diese actiones arbitrariae heutiges Tages gänzlich aufgehoben wären. Allein schon Wilhelm Masius [88]) hat diesen Irrthum widerlegt. Nur so weit geht freylich bey uns die Gewalt des Richters nicht, daß er den Beklagten seines Ungehorsams wegen auf das Vierfache condemniren könnte [89]).

§. 276.

85) *Matth.* *Le* GRAND Ration. et Different. iur. civ. Lib. I. c. 6. sucht zwar zu behaupten, als wenn nur allein prätorische Klagen arbitrariae seyn könnten, civiles aber nicht, und folglich die Rei vindicatio keine actio arbitraria sey; allein daß diese Meinung ganz irrig sey, zeigt Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 977.

86) S. Reinhards Samml. juriſt. philoſoph. und kritiſcher Aufſätze 1. Bandes 5. St. S. 338. f.

87) de Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XVIII. err. 5.

88) in Tr. de rei debitae aeſtimatione. *Lovanii* 1653. P. II. c. 10. et 13. ſqq.

89) Höpfner im Commentar über die Inſtitutionen §. 1135. und meine Opuſcula Faſc. IV. pag. 86.

§. 276.

III) Eintheilung der Klagen nach ihrem Gegenstande in Universal- General- und Specialklagen.

Klagen können entweder eine universitas iuris z. B. eine Erbschaft, bonorum possessio, peculium eines Arrogirten; (§. 175 a.) oder mehrere verschiedene Dinge, welche jedoch unter einem genus begriffen sind, z. B. die aus einer geführten Vormundschaft, oder aus einer Societät, oder unternommenen Geschäftsverwaltung entspringende verschiedene Verbindlichkeiten; oder endlich eine bestimmte singulaire Sache, z. B. eine dargeliehene Summe Geldes, ein verpfändetes Hauß u. d. zum Gegenstande haben. Im erstern Falle werden sie actiones universales, im andern generales, im dritten speciales oder singulares genennt [90]). Der Unterschied bestehet darin, daß bey den actionibus universalibus, z. B. bey den Erbschaftsklagen, der Beklagte, wenn er statt der vorigen zur Universitas gehörig gewesenen Sache etwas anders besitzt, er auch dieses, zu Folge der hier eintretenden Regel: *res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei*, (§. 175 a.) dem Kläger herausgeben muß [91]). Sie können aber doch nur, wie Specialklagen, einmahl angestellet werden. Wenn daher z. B. schon einmahl mit der actio familiae herciscundae auf die Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft geklagt worden ist, und es finden sich in der Folge noch einzelne zur Erbschaft gehörige Sachen, die nicht zur Vertheilung gekommen, so kann deßfalls nicht noch

90) GRASS in Praxi action. forens. Divis. XV. Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. II. Th. §. 107.

91) *L.* 22. *L.* 25. §. 1. *D. de hereditat. petit.*

noch einmahl iudicium familiae erciſcundae angeſtellet, ſondern es muß iudicio communi dividundo geklagt werden [92]). Anders verhält ſich die Sache mit den actionibus generalibus. Denn da dieſe mehrere verſchiedene Gegenſtände unter ſich begreifen, ſo können dieſelben auch mehr als einmahl wieder eben denſelben Beklagten, nämlich wegen anderer Puncte, angeſtellet werden, als worüber vorhin geklagt worden iſt, ohne daß dem Kläger die exceptio rei iudicatae entgegen geſetzt werden kann [93]). Es kann ſogar bey dieſen Klagen wegen beſorglicher ferneren Anſprüche Sicherheit verlangt werden [94]).

§. 277.

IV) Eintheilung der Klagen in Anſehung ihres Urſprungs und V) in Anſehung ihrer Dauer.

Klagen ſind ferner in Anſehung ihres Urſprungs entweder actiones civiles oder honorariae, oder mixtae, je nachdem ſie entweder aus dem römiſchen Civilrecht, inſofern ſolches dem iuri honorario entgegen geſetzt wird, oder aus demjenigen Rechte, ſo durch die Edicte der römiſchen Magiſtratsperſonen iſt eingeführt worden, oder aus dieſen beiden Gattungen des römiſchen Rechts zugleich herrühren. Die Civilklagen ſind entweder durch ausdrückliche Civilgeſetze eingeführt, oder von den römiſchen Rechtsgelehrten erfunden worden. Erſtere haben ihren Urſprung entweder durch

92) *L.* 20. §. 4. *D. fam. erciſcund.*

93) *L.* 38. *pr. D. pro ſocio. L.* 2. *C. de iudiciis.* Schmidt im angef. Commentar I. Th. §. 46.

94) *L.* 27. u. 38. *D. pro ſocio.* Claproth a. a. O. S. 36.

durch die ältern allgemeinen römischen Civilgesetze, z. B. durch die zwölf Tafelgesetze, leges centuriatas, Plebiscita u. d. oder durch neuere und besondere Civilgesetze, z. B. durch kaiserliche Constitutionen erhalten. In dem letztern Falle werden solche Civilklagen, die durch die neueren bürgerlichen Gesetze vorzüglich in solchen Fällen sind eingeführt worden, wo vorher kein Klagerecht statt fand, condictiones ex Lege genannt [95]). So z. B. wirkte eine Schenkung unter den Lebendigen nach dem ältern römischen Civilrecht keine Klage, wenn sie nicht mittelst einer Stipulation geschehen, in diesem Fall hatte alsdann die *actio ex stipulatu* statt. Allein nach einer neuern Verordnung des Kr. Justinians kann aus einer Schenkung geklagt werden, wenn sie auch mit bloß gemeinen Worten, und ohne Formel geschehen ist [96]). Die Klage heißt *condictio ex L. 35. Cod. de donation.* Die actiones honorariae sind wieder von zweierley Art; sie entstehen entweder aus den Edicten der Prätoren, oder der Aedilium curulium. Erstere werden actiones praetoriae, letztere aber aedilitiae genennt. Zu diesen gehört z. B. die actio redhibitoria und quanti minoris. Allein die actio publiciana, actio serviana, rescissoria, de constituta pecunia u. a. m. sind prätorische Klagen. Gemischte Klagen werden endlich diejenigen genannt, die ihre Form theils durch das Civil, theils durch das Prätorische Recht erhalten haben. Nicht selten hat nämlich der Prätor eine aus dem Civilrecht herrührende Klage auch zu einem Gegenstand seines Edicts gemacht, und solche entweder bloß bestätiget, wie z. B. die actio nego-

95) WESTENBERG de causis obligationum. Dissertat. IV.

96) *Nov. CLXII. Cap.* 1. §. 1.

negotiorum gestorum [97]), ferner die hereditatis petitio [98]); oder solche aus Billigkeit erweitert, wie z. B. die actio commodati, welche ursprünglich eine Civilklage ist [99]), denn sie entspringt aus einem Contract, aber den Worten nach bloß auf den Fall gerichtet war, wenn man jemand eine bewegliche Sache umsonst zu einem bestimmten Gebrauch überlassen hatte. Allein der Prätor hat diese Klage in seinem Edict auch bei unbeweglichen Sachen verstattet [100]). Klagen sind ferner entweder in den Worten der Gesetze ausdrücklich enthalten, oder durch eine auf dem Grund des Gesetzes gebaute extensive Interpretation eingeführt, oder sie sind weder aus den Worten noch aus dem Grunde eines Gesetzes, sondern blos aus der Billigkeit hergeleitet worden. Erstere werden actiones directae [1]), die andern uti-

97) *L.* 3. *pr. D. de negot. gest.* Daß jedoch die actio negotiorum gestorum ihrem Ursprunge nach eine Civilklage ist, erhellet daraus, weil die obligationes quasi ex contractu ein Geschöpf des Civilrechts sind.

98) Die hereditatis petitio wird *L.* 2. *D. de possessor. heredit. petit.* und *L.* 2. *D. de fideicomm. heredit. petit.* ausdrücklich eine actio civilis genennt. Dennoch hatte sie auch der Prätor nach *L.* 1. *D. si pars heredit. petat.* in sein Edict aufgenommen. Vid. *Gilb.* REGII Ἐναντιοφανῶν iuris civ. Lib. I. cap. II. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. pag. 1480.)

99) *L.* 17. §. 3. *D. Commodati.*

100) *L.* 1. *princ. et* §. 1. *D. eod.* NOODT in Commentar. ad Tit. D. commodati. Schmidt im Commentar 1. Th. §. 25. S. 42.

1) *Io. Bernh.* FRIESEN Diss. de actione directa, utili et contraria. *Ienae* 1706. Jedoch haben die Ausdrücke actio directa und utilis auch noch eine andere Bedeutung. S. Höpfners Commentar §. 1091.

utiles [2]), die letztern aber actiones in factum [3]) genennt.

Die Klagen theilt unser. Verf. endlich noch in Absicht auf ihre Dauer in actiones perpetuas und temporales ein. Nach dem ältern römischen Rechte hießen actiones perpetuae diejenigen Klagen, die in keinen Zeitraum eingeschränkt waren, sondern wirklich ewig dauerten [4]). *Temporales* aber wurden diejenigen genennt, die nur bis auf eine gewisse gesetzlich bestimmte Zeit dauerten, nach deren Ablauf aber erloschen. Allein nachdem Kr. Theodosius der jüngere [5]) den ehemals immerwährend gewesenen Klagen eine Dauer von dreyßig Jahren vorgeschrieben hat [6]); so werden nach dem neuern röm.

2) S. *Io. Christph.* HARTUNG und *Frid. Gottl.* ZOLLER Diss. de actionibus utilibus.

3) MEISTERI Diss. de actionibus in factum; in *Opusc.* T. I. p. 366. Noch mehrere Bedeutungen von der actio in factum kommen Lib. XIX. Tit. 5. vor.

4) *Pr. Institut. de perpet. et temp. act.* *L.* 21. §. 1. *D. Quod metus causa.*

5) Nicht THEODOSIUS MAGNUS, wie Cujaz lib. XVIII. Observat. c. 26. Rücker in Diss. de civ. et naturali temp. computat. in iure Cap. IV. §. 7. u. a. m. dafür halten, welche irrige Meinung *Inc.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. C. Theod. de action. certo temp. finiend. (*Tom I Cod. Theodos.*) *Ev.* OTTO in Commentar. ad pr. I. de perpetuis et temp. act. et in Praefat. ad Tom. III. *Thesauri Iur. Rom.* pag. 3. *I. L. E.* PÜTTMANN in Diss. iuris canon. de Legislatore Ephesino ad cap. 5. X. de praescript. Cap. I. §. 5. (in *Probabil. iur. civ. lib. sing.* p. 174.) und *Christ. Frid.* POHL in Diss. de origine atque fatis praescriptionis longissimi temporis usque ad Iustinian. *Lipsiae* 1779. §. 7. hinlänglich widerlegt haben.

6) *L.* 3. *C. Iust. de praescr. XXX. vel XL. annor.*

röm. Rechte diejenigen Klagen, welche dreyßig und mehrere Jahre dauern, *perpetuae*, diejenigen aber, welche binnen einer kürzern Zeit angestellet werden müssen, *actiones temporales* genennt. Von der Dauer der Klagen wird Lib. XLIV. Tit. 3. von den übrigen Eintheilungen der Klagen aber gelegentlich gehandelt werden.

§. 278.

Wesentliche Stücke eines Klaglibells.

In diesem und den folgenden Paragraphen will nun unser Verf. zeigen, wie eine Klagschrift einzurichten sey. Da jedoch die unten [7]) angeführten Schriftsteller diese Materie schon so ausführlich abgehandelt haben, daß wenig mehr zu sagen übrig ist, so werde ich mich hier mit Beziehung auf dieselben ganz kurz fassen können. Ein Klaglibell muß überhaupt so eingerichtet werden, daß daraus erhellet, 1) was der Kläger für Forderungen an den Beklagten macht, 2) auf welchen rechtlichen Gründen diese Forderungen beruhen, und 3) wie der Kläger will, daß der Richter in der Sache verfahren und erkennen soll. Eine Klagschrift besteht demnach im Wesentlichen aus drey Hauptstücken, der Geschichtserzählung, dem Klagegrunde, und dem Gesuche.

7) Clar in der angef. Abhandl. von der Klage, Schmidt im Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 11. ff. und §. 81. ff. desselben Sohn im Commentar über die angef. §§. des väterlichen Lehrbuchs, Danz in den Grundsätzen des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 60. ff. und Elsässers Beyträge zur Theorie von der Klage in Rücksicht auf den ordentl. bürgerl. Proceß, in den gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen IV. Band Nr. IX. S. 143. ff.

§. 279.

I) Geschichtserzählung.

Die Geschichtserzählung ist ein kurzer, genauer und zusammenhängender Vortrag aller zum Klagegrunde und Gesuch dienender Umstände, so wie selbige der Zeitordnung nach auf einander gefolgt sind. In dieser Geschichtserzählung muß I) alle Weitläuftigkeit vermieden, und folglich nichts mehr von Thatumständen in der Klagschrift angeführet werden, als was zu der Klage, die man anstellt, ihrer Natur nach gehört, und künftig im Läugnungsfalle erwiesen werden muß. Alle irrelevante Umstände, von welchen vorhergesehen werden kann, daß sie zur künftigen Entscheidung der Sache weder mittelbar noch unmittelbar etwas beytragen, müssen also aus dem Klaglibell und dessen Erzählung wegbleiben. Es ist ein Fehler, in dem Klagschreiben schon zum voraus den von Seiten des Beklagten etwa zu erwarten habenden Einwendungen zu begegnen, und, wie man es kunstmäßig auszudrücken pflegt, die Replic mit der Klage zu verbinden [8]). Denn einmal macht ja der Kläger hier, durch den Beklagten auf Einreden aufmerksam, an die er vielleicht nicht gedacht haben würde; und zweitens, wenn sich auch etwa mit Zuverläßigkeit eine Einwendung voraussehen ließe, so ist doch dem Kläger die Art und Weise, wie sie vom Gegentheil vorgebracht werden wird, unbekannt. Da nun von der Art, wie etwas vorgebracht wird, zuweilen die Sache selbst abhängt, so ist es nicht rathsam, durch Voreiligkeit dem Beklagten zur Einschlagung des wahren Weges behülflich zu seyn. Ueberdem darf

8) S. *Christ. Ehrenfr. Adolph.* FRITZSCH Diss. de replica libello inserenda. *Lips.* 1736.

darf ja auch der Richter dem Kläger nie, ohne zu gegründeten Beschwerden Anlaß zu geben, die Replic abschneiden, und auf die einseitige Einwendung des Beklagten die Klage für unstatthaft erkennen, es wird also durch jene Verbindung der Replic mit der Klage der Proceß nicht etwa abgekürzt, sondern die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens nur zum eigenen Nachtheil des Klägers aus ihrer Stelle verrückt, der sich hierdurch der Vortheile selbst beraubt, die er replicando, als Beklagter, zu geniessen hat. Nam actor replicando fit reus. So wie jedoch in dem Klagschreiben keine irrelevanten Umstände eingewebt werden dürfen, so darf im Gegentheil auch II) kein zur Klage und deren nothwendigen Bestimmung und Deutlichkeit gehöriger Thatumstand ausgelassen werden, weil sonst die Klage entweder als unstatthaft zu verwerfen oder als dunkel mit der nöthigen Weisung zurück zu geben ist [9]). Es muß daher nicht nicht nur der Gegenstand der Klage genau beschrieben, sondern auch nach Beschaffenheit des Anspruchs Zeit und Ort benennt, und, wo es nöthig ist, die erforderlichen Risse, Stammbäume u. dgl. der Klage beygefügt werden. Endlich III) müssen die zur Geschichtserzählung gehörigen Thatumstände im periodischen Zusammenhange vorgetragen werden. Der artikulirte Libell, in welchem die Geschichtserzählung und der rechtliche Klagegrund in lauter einzelne Artikel, deren jeder sich mit dem Wort wahr anfängt, zergliedert wird, ist im bür-

9) Im Zweifel ist jedoch ein Klageschreiben zum Besten des Klägers auf eine solche Art zu interpretiren, wie es den Rechten nach bestehen kann. *L.* 61. *pr.* *L.* 66. *D. de iudiciis.* *L* 21. *D de reb. dub.* Man sehe *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. II. Cap. XXX. n. 4. sqq. et n. 17. sqq.

gerlichen Proceß ausdrücklich verboten, um die zeitverderblichen Streitigkeiten über die Zulässigkeit der einzelnen Artikel abzuschneiden [10]). Enthält jedoch die Klagschrift mehrere ganz verschiedene Punkte, so müssen diese der Deutlichkeit wegen von einander abgesondert, und mit Zahlen unterschieden werden. Ein solches punktweise abgefaßtes Klageschreiben ist in den Gesetzen nicht verboten, und von einem articulirten Libell sorgfältig zu unterscheiden.

§. 280. u. 281.

Vom Klagegrunde.

Nach vorausgegangener Geschichtserzählung werden hiernächst die Rechtsgründe angeführt, auf denen das nachfolgende Gesuch des Klägers beruhet. Sollte sich jedoch des Klägers Forderung schon in der deutlichen Verordnung des gemeinen Rechts gründen, so ist nicht nöthig, daß der Kläger diese gesetzliche Vorschriften in seine Klagschrift mit einrücke, da sie dem Richter ohnehin bekannt seyn müssen [11]). Nur dann, wenn das Recht, worauf man

10) Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 34. Nicht sowohl der kursächsische Gesandte Augustin Strauch, wie LEYSER Spec. XXXVI. med. 1. u. 2. behauptet, sondern vielmehr der Herzogl. Braunschweig-Lüneburgische Gesandte, Kanzler Johann Schwarzkopp, ist der eigentliche Urheber der in dem jüngsten Reichsabschiede geschehenen Abschaffung des articulirten Libells, wie Hr. Geh. JustizR. Böhmer in der Vorrede zum zweyten Theile der Exercitationum ad Pandect. seines seel. Vaters, aus den Reichstagsacten von den Jahren 1653 und 1654 gründlich erwiesen hat. Man sehe auch *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. practic. ad LEYSERI meditat. ad Digest. Tom. I. Fasc. II. Obs. 140.

11) Jüngst. Reichsabsch. §. 96.

man sich gründet zweifelhaft ist, oder der Grund der Klage in einem besondern Rechte, oder Privilegium, oder einer Observanz, so noch eines Beweises bedarf, gesetzt wird, erfordert es die Nothwendigkeit, diejenigen rechtlichen Gründe im Klagelibell auszuführen, aus denen die Rechtmäsigkeit des nachstehenden Gesuchs erhellet. Jedes Klageschreiben muß indessen einen Klagegrund enthalten, das ist, es muß aus demselben zu ersehen seyn, warum der Kläger wider seinen Gegner zu klagen befugt sey, und warum das Gesuch nicht anders, als geschehen, habe eingerichtet werden können. Ohne einem solchen Klagegrund kann keine Klage statt finden, und da aus diesem sowohl, als aus dem ganzen Inhalt des Klaglibells beurtheilt werden kann, welche Klage angestellet worden, so erhellet zugleich hieraus, warum der Kläger nicht nöthig habe, den Namen der Klage im Libell auszudrücken [12]). Bey jeder Klage, sie betreffe nun den Besitz oder das Recht selbst, und dieses sey so verschieden, als es wolle, ist immer ein doppelter Klagegrund zu unterscheiden, nämlich der nächste oder allgemeine, und der entfernte oder besondere. Ersterer besteht darin, daß bloß im Allgemeinen das Recht, woraus man klagt, oder die Verbindlichkeit des Beklagten überhaupt in dem Klaglibell ausgedruckt wird, letzterer aber darin, daß zugleich der Rechtstitel, d. i. die gesetzmäsige Ursache angegeben wird, wie das Recht erworben worden, oder die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, so den Grund der Klage ausmacht. Da der seel. Hofr. Schmidt in seinem Lehrbuch von Klagen [13]) die Frage: was jede

12) Man vergleiche hier vorzüglich EMMINGHAUS in notis ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. c. Tom. I. p. 207.

13) I. Th. §. 97—99.

Hauptklage für einen nächsten und entfernten Klagegrund habe? schon ausführlich abgehandelt hat, so kann ich mich der Kürze wegen füglich darauf beziehen. So unstreitig nun bey persönlichen Klagen nicht nur der nächste, sondern auch der entfernte Klagegrund, nämlich der Name des Contracts, Delicts, oder sonstigen Geschäfts, woraus die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, jedesmahl angezeigt werden muß, wenn nicht der Libell, als zu allgemein, und unbestimmt, verworfen werden soll [14]); so behauptet man dennoch insgemein, daß es bey den dinglichen Klagen hinlänglich sey, nur überhaupt die Gattung des dinglichen Rechts anzuführen, worauf man seinen Anspruch gründet, die Angabe eines besonderen Rechtstitels aber, wodurch man das klagbar gemachte dingliche Recht erworben, keinesweges erfordert werde. Allein da dem Beklagten nicht selten daran gelegen ist, daß er auch bey einer wider ihn angestellten dinglichen Klage den entfernten Grund derselben wisse, wenn er sonst, sich dagegen gehörig zu vertheidigen, und die nöthigen Exceptionen derselben entgegen zu setzen, außer Stand seyn würde, welche nach der Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes §. 34. sogleich bey Verlust derselben der Litiscontestation angehängt werden müssen, so ist der Kläger in einen solchem Fall nicht nur verbunden, den entfernten Klagegrund auf Verlangen des Beklagten anzugeben [15]), sondern es kann dieses auch in mancher andern Rücksicht

für

14) *L.* 14. §. 2. *L.* 27. *D. de except. rei iudic. Cap.* 3. *X. de libelli oblat.*

15) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. und besonders *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 10.

für den Kläger selbst sehr nützlich seyn. Denn einmahl kann der Kläger, bey bloßer Anführung des nächsten Klagegrundes, von Seiten des Beklagten wohl weiter nichts, als eine allgemeine Ableugnung desselben erwarten. Da ihm nun der Beweiß obliegt, so verliehrt er hierdurch den Vortheil, Elisivartikel zu übergeben, wodurch er hätte des Beklagten Einreden wider den besondern Klagegrund entkräften, und dem Beweise seiner Klage ein desto grösseres Gewicht geben können [16]). Zum andern bleibt dem Kläger, wenn er auch den Proceß verlieren sollte, dennoch, sofern der Beklagte bloß wegen des vom Kläger angeführten und nicht erwiesenen besondern Klagegrundes von dem Anspruche desselben entbunden worden, alsdann noch immer unbenommen, die nämliche Sache noch einmahl aus einem andern Titel gerichtlich zu verfolgen, ohne daß ihm die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen stehet [17]).

§. 282.

Vom Gesuche. Strafe des Zuvielbittens nach römischen und heutigen Rechten.

Den Schluß einer Klageschrift macht das Gesuch aus, welches in einer aus der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde gefolgerten, und sowohl der gewählten Proceßart als dem Gegenstande des Rechtsstreits angemessenen Bitte des Klägers bestehet. Dieses Gesuch ist demnach doppelt. Es gehet theils darauf, was der Klä-

ger

16) EMMINGHAUS in not. ad COCCEJI I. C. C. cit. loc. not. b. Tom. I. pag. 206.

17) *L.* 11. *§.* 2. *D. de excepr. rei iudic. Cap.* 3. *de sentent. et re iudic. in* 6*to.* L. B. a WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 481.

ger will, daß der Richter gleich jetzt auf die angebrachte Klage verfügen, theils was er dereinst nach geschehener Erörterung der Sache erkennen soll. Jenes Gesuch betrift den Lauf des Processes, und richtet sich nach der verschiedenen Art desselben. Es ist daher anders im executivischen, als beym ordentlichen bürgerlichen Processe einzurichten. Letzteres aber betrift den Gegenstand des Rechtsstreits selbst, und muß der Natur der angestellten Klage durchaus gemäß, und so gefasset seyn, daß man daraus des Klägers Intention deutlich ersehen kann, wie er nämlich will, daß der Richter in der Hauptsache erkennen soll [18]). Es muß daher das Gesuch 1) schließend, d. i. dem Grunde der Klage und der Geschichtserzählung gemäß, 2) bestimmt und auf etwas gewisses gerichtet seyn. Ist jedoch die Klage eine actio universalis oder generalis (§. 276.) oder eine solche Klage, wo es vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er den Beklagten condemniren will, (§. 274. S. 554.) so wird auch ein allgemeines Gesuch für zulässig gehalten. Zuweilen kann auch die Bitte alternativ eingerichtet werden, daß man nämlich von dem Beklagten fordert, er solle entweder das eine oder das andere leisten. Dieses kann geschehen, wenn entweder die vorhandene klare Verordnung eines Gesetzes [19]), oder ein herrschend gewordner Gerichtsgebrauch

18) Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 214.

19) Dieß ist z. B. der Fall bey der hypothekarischen Klage, in sofern dieselbe wider den Schuldner selbst oder desselben Erben angestellet, und mit der Darlehnsklage cumulirt wird. *L. 2. Cod. Si unus ex pluribus hered. Nov. IV. c. 2.* ferner bey der ästimatorischen Klage, welche aus dem Trödelcontract entspringt. *L. 1. §. 1. D. de aestimatoria.* Nicht weniger bey dem *Interdicto ex L. 7. D. de damno infect.* Vid. BOEHMER Diss. de libellis alternativis. Cap. II.

brauch [20]), oder ein ausdrückliches Versprechen, dieses oder jenes zu leisten, oder die letzte Willensverordnung eines Verstorbenen dem Beklagten eine alternative Verbindlichkeit auflegt. Ist hingegen der Beklagte zwar zu einer bestimmten Leistung, jedoch dergestalt verbunden, daß ihm die Freyheit, ein drittes Auskunftsmittel zu wählen, überlassen bleibt, wodurch er sich jener Verbindlichkeit entledigen kann [21]), so darf eigentlich nicht alternativ geklagt werden [22]); geschiehet es indessen, so wird der Libell deshalb nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht verworfen, sondern nach der Billigkeit also erklärt, daß der Beklagte zu dem, was die eigentliche Hauptverbindlichkeit desselben mit sich bringt, verurtheilt werde, wofern sich nicht etwa derselbe des ihm von den Gesetzen freygelassenen dritten Auskunftsmittels lieber bedienen wollte [23]). Von der alternativen Bitte ist die subsidiarische wohl zu unterscheiden, welche in einem solchen Falle statt findet, wo der Beklagte durch sein Verschulden seiner Verbindlichkeit kein Genüge zu leisten vermag. Hier fällt

20) Eine solche alternative Verbindlichkeit hat der Gerichtsgebrauch bey der Schwängerungsklage eingeführt, bey welcher daher das Gesuch dahin gerichtet wird, daß der Beklagte die Klägerin entweder heyrathe, oder ausstatte. S. *I. H.* BOEHMER cit. Diss. de libellis alternativis. Cap. II. §. 8. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Observat. select. ad CARPZOVII pract. nov. rer. crim. Quaest. LXVIII. Obs. 1.

21) Hierher gehören z. B. die actio de pauperie, remedium L. 2. C. de rescind. venditione, actio hypothecaria contra tertium possessorem. *L.* 16. *§* 3 *D de pignor. et hyp.* Man sehe jedoch *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 22.

22) *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8. und EMMINGHAUS ad Eundem T. I. pag. 211. sq.

23) BOEHMER cit. Diss. de libell. alternativ. Cap. III. Man hat in der Praxis die Regel angenommen, *quod omnis libellus, quantum fieri potest, sustinendus sit*, welche auch das canonische Recht *cap.* 5. *X. de pignorib.* als billig anerkennt.

fällt die Wahl weg, die bey einer alternativen Verbindlichkeit dem Beklagten zusteht [24]). Endlich 3) darf auch der Kläger in keinem Falle vorsätzlich mehr bitten, als er zu fordern berechtiget ist. Die Plurispetitio kann nun auf mancherley Art begangen werden [25]).

a) In Ansehung der Sache selbst, die den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, (*plurispetitio re*) wenn der Kläger eine größere Summe, oder einen größeren Theil von einer Sache fordert, als ihm gebührt.

b) In Ansehung der Zeit, (*plurispetitio tempore*) wenn auf die Schuld geklagt wird, ehe noch der Zahlungstermin erschienen ist [26]).

c) In Ansehung des Ortes, (*plurispetitio loco*) wenn die Schuld an einem andern, als dem bestimmten Zahlungs Orte, ausgeklagt wird. Denn der Kläger entziehet dadurch dem Schuldner den Vortheil, den er davon hätte, wenn er an dem bedungenen Orte zahlte. Dieser Vortheil ist besonders bey Geldschulden und Waarenlieferungen sehr merklich, weil der Geldcurs und Waaren-

24) HERT Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita; in *Opusc.* Vol. I. T. III. pag. 348. sqq.

25) §. 33. *I. de Actionib.* *Io.* WUNDERLICH Diss. sistens theoriam et usum practicum doctrinae de pluris petitione. *Rintelii* 1761.

26) Wer auf eine bedingte Schuld klagt, ehe noch die Bedingung erfüllt worden ist, von dem kann eigentlich nicht gesagt werden, er bitte mehr, als er zu fordern hat, weil pendente conditione noch gar keine Schuld vorhanden ist. Die Anstellung der Klage wurde daher in solchem Falle nur für eine vergebliche Handlung gehalten, dahingegen die Mehrforderung den Verlust der ganzen Forderung ehemals nach sich zog. *L. un.* §. *ult. D. quando dies usufr leg. ced. L.* 36. *D. de reb. credit.* CUJACIUS lib. XXII. Observat. cap. 2. MERILLIUS Lib. III. Observat. cap. 36. und Ebenderselbe *in* Comm. ad Institution. p. 492. Nachdem jedoch die ehemalige Strafe der Plurispetitio ist aufgehoben worden, fällt auch jener Unterschied weg, und Tribonian rechnet daher §. 33. *I. de action.* zur Plurispetitio tempore, wenn eine Schuld entweder vor Eintretung des Zahlungstermins oder vor Erfüllung der Bedingung ausgeklagt wird.

renpreiß nach dem Unterschied des Orts sehr verschieden ist. Endlich

d) in Ansehung der Schuldbeschaffenheit, (*plurispetitio causa*) wenn die Schuld nicht in der Masse von dem Beklagten gefordert wird, als er dazu verbindlich ist. Dahin gehört, wenn der Beklagte nur alternativ zu diesem oder jenem verbunden ist, er aber dennoch schlechthin auf eins von beyden belanget wird; oder wenn der Beklagte sich nur überhaupt zu einem gewissen genus verbindlich gemacht, so daß die Wahl der zu leistenden Species ihm überlassen ist, und dennoch wider ihn sogleich auf eine gewisse Species geklagt wird, Z. B. der Beklagte hätte nur überhaupt Wein versprochen, der Kläger aber forderte Burgunder. Aus einer Verordnung der Kayser Dioclerian und Maximian, die wir in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex [27]) finden, ist zu ersehen, daß zuerst die römischen Rechtsgelehrten durch ihre Gutachten diese verschiedene Arten der Plurispetitio bemerklich gemacht haben, jedoch nahm sie der Prätor auch in sein Edict auf [28]). Die Strafe bestand ursprünglich in dem Verlust der ganzen Forderung [29]). Zwar wollen verschiedene angesehene Rechtsgelehrte behaupten, als ob diese Strafe nur in iudiciis stricti iuris (§. 190.) statt gefunden habe, in den iudiciis bonae fidei aber darum nicht, weil es die Billigkeit nicht erlaubt habe, den Kläger um einer bloßen Mehrforderung

27) L. 2. Cod. *Hermog. de calumniator. et plus petendo.* Plus petitur, sicut responsis Prudentum continetur, summa, loco, tempore, causa, qualitate, aestimatione. Die letztern Worte *qualitate et aestimatione* sind blos eine Erklärung des Worts CAUSA, und machen daher keine besondere Arten der plurispetitio aus, wie schon *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 712. Not. 7. bemerkt hat.

28) Denn auch in dem Edicto perpetuo war ein Titel *de plus petendo* befindlich, wie *Iac.* RAEVARDUS Varior. lib. III. c. 14. erwiesen. Siehe auch *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. de histor. Edictor. pag. 367. sqq.

29) PAULUS *lib. I. Sentent. Receptar Tit.* 10. et *Lib. II. Tit V. §. 3. in fin. L. 2. Cod Hermog. cit.* apud SCHULTING cit. loc. §. 33. *Inst. de actionib.*

rung willen für sachfällig zu erklären [30]). Allein da in den Gesetzstellen, welche von der Strafe des Zuvielbittens handeln, von diesem Unterschiede inter iudicia bonae fidei und stricti iuris nichts erwähnet wird, überdem die interrogationes in iure, welche doch als ein Mittel, jener Strafe zu entgehen, bey den Römern waren eingeführt worden [31]) bey den iudiciis bonae fidei so gut, als bey den iudiciis stricti iuris üblich gewesen sind [32]), so scheint mir diese Meinung noch vielem Zweifel unterworfen zu seyn. Die Kr. Zeno und Justinian hoben jedoch jene Strafe der pluris petitio bis auf einen gewissen Fall [33]) ganz auf, und verordneten dagegen, daß wenn jemand zu früh klagen würde, der Zahlungstermin zur Strafe des Gläubigers verdoppelt, und den Beklagten die dadurch verursachten Proceßkosten erstattet; in den übrigen Fällen einer plurispetitio aber der Kläger zum dreyfachen Ersatz des dem Beklagten durch die zu hohe Forderung verursachten Schadens verurtheilt werden solle [34]). Diese Strafen fallen jedoch heutiges Tages

30) *Franc.* HOTOMANNUS, *Ian. a* COSTA, *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 33. Inst. de actionib. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. p. 241. Not. 7. und pag. 274. Not. 12. HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 368. und WUNDERLICH cit. Diss. §. 8.

31) *L.* 1. *pr. D. de interrogationib. in iure fac.* S. auch *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de eodem argumento pag. 6. sqq.

32) *Io. Phil.* CARRACH in Exercit. sist. sicilimenta de interrogationibus in iure earumque defectu in foris Germ. *Halae* 1751. §. 5. hat dieses aus vielen Beispielen erwiesen.

33) Der Fall, in welchem Justinian die ehemalige Strafe der plurispetio beybehalten hat, ist in der *Nov. XV. cap.* 3. *in fin.* und *cap.* 4. enthalten.

34) Man vergleiche ausser dem angef. §. 33. *in fin I. de action.* noch §. 10 *I. de excepr.* und §. 24 *I. de actionib* Beyde Verordnungen hat *Iac.* CUJACIUS in Obsevat. iuris Rom. Lib. XII. cap. 21. aus den Basiliken restituirt, sie befinden sich auch in den neuern Ausgaben des Corporis Iuris Rom. *L.* 1. *et* 2. *Cod. de plus petition.* Man vergleiche noch *Io. Godofr.* SCHAUMBURG de Constitutionibus Impp. antiquis, iis speciatim, quae in Institutionibus citantur, et in Cod. rep. praelect. omissae sunt. Manip. IV. Obs. 7. et 9.

ges weg [35]). Denn wenn der Kläger entweder in Ansehung der Schuldforderung an sich, oder deren Beschaffenheit nach, wissentlich zu viel bittet (plus re vel causa petit), so muß er dem Beklagten, wenn dieser die wahre Schuld anerkennt, und solche zu leisten bereit ist, alle dadurch erweißlich verursachte Schäden und Kosten ersetzen. Bittet er hingegen zu viel in Ansehung der Zeit, so wird der Beklagte von der Instanz losgesprochen, und der Kläger muß die Kosten tragen. Bittet endlich der Kläger zu viel in Ansehung des Orts, so muß er dem Beklagten das intereſſe loci vergüten [36]).

§. 283.

Clauseln des Klaglibells.

Dem Klagschreiben pflegen übrigens mancherley Clauseln angehängt zu werden [37]), welche aber größtentheils unnütz sind. Auch die sogenannte heilsame Clausel, wodurch man mittelst einer ganz bekannten Formel das mildrichterliche Amt zu imploriren pflegt, hat nicht den Werth, den man ihr nach dem Gerichtsgebrauch gewöhnlich beylegt. Denn da der Richter auf dasjenige, was den gemeinen Rechten gemäß ist, schon von Amtswegen Rücksicht nehmen muß, wenn er auch gleich nicht ausdrücklich darum gebeten worden ist [38]), wesentliche Mängel des Klag-

35) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. XXXVII. cor. 1. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe MÜLLER in Obſervat. pract. ad LEYSERUM T. I. Faſc. II. Obſ. 145.

36) *Cap. un. X. de plus petit.* *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 673.

37) *Caſp. a* RHEDEN Diſſ. de ſuperfluis ineptis et inutilibus libellorum clauſulis. Bremae 1717. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Proceſſes §. 79. u. 80.

38) *L un. Cod. Ut, quae deſunt advocatis partium, iudex ſuppleat. Cap. 6. X. de iudic.* Man vergleiche *Io. Frid.* WAHL Progr. de iuſtis cancellis, quibus officium iudicis vel ius dicentis in adiuvando actore per libelli interpretationem ſecund. aequi

Klaglibells aber mittelst dieser Clausel nicht geheilet werden können [39]); so erhellet hieraus, daß auch diese sogenannte heilsame Clausel ohne Nutzen ist [40]). Da indessen ihre Einrückung einmal zu dem Kunstmäsigen der Klagschrift gehört, so ist es wenigstens nicht rathsam, solche wegzulassen.

rationem et ius scriptum Caesar. ac Pontific. circumscribitur. *Goettingae* 1752. J. M. Renners Abhandl. über die L. un. Cod. ut quae def. adv. part. oder von dem richterlichen Erfüllungseide. Jena 1784. (in *Meditat. ad* SCHAUMBURGII *Princip. prax. iurid.*) MÜLLER ad LEYSERUM T. I. Obs. 146.

39) *de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 5.

40) *Io. Baptist. Andr.* LOEHLEIN Spec. iur. civ. de otio clausulae salutaris, quo claus. salutaris origo investigatur, effectus a DD. eidem attribui consueti enumerantur, otium denique eiusd. in quov. libello demonstratur. *Wirceburgi* 1752.

Verbesserungen zum dritten Theile.

S. 55. Not. 64. ist bey der angef. Braunischen Abh. zu bemerken, daß sie auch in Siebenkees jurist. Magazin II. Band (Jena 1783.) Nr. IX. befindlich ist.
S. 67. Z. 3. von unten ist, statt Besitzer, Beysitzer zu lesen.
S. 74. Not. 48. ist noch hinzuzufügen Bodmanns Abh. vom Rauchhuhn §. 23. in Siebenkees Beiträgen zum T. Recht 5. Th. S. 26. ff.
S. 132. Z. 6. muß substituiren, und
S. 152. Z. 2. von unten solche Sachen gelesen werden.
S. 199. Not. 36. muß es heißen: Leyser Spec. CCXXXVIII.
S. 212. Not. 74. Add. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. T. VI. Obs. 809.
S. 324. Num. 1. Z. 2. ist, statt an, in zu lesen.
S. 396. Not. 94. ist noch hinzuzufügen, daß VOET in Comment. ad Pand. lib. II. Tit. VIII. §. 13. in Ansehung der *cautionis de iudicato solvendo* eine sehr gegründete Ausnahme macht.
S. 497. Not. 12. Z. 2. muß, statt veria, varia gelesen werden.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

gerlichen Proceß ausdrücklich verboten, um die zeitverderblichen Streitigkeiten über die Zuläßigkeit der einzelnen Artikel abzuschneiden [10]). Enthält jedoch die Klagschrift mehrere ganz verschiedene Punkte, so müssen diese der Deutlichkeit wegen von einander abgesondert, und mit Zahlen unterschieden werden. Ein solches punktweise abgefaßtes Klageschreiben ist in den Gesetzen nicht verboten, und von einem articulirten Libell sorgfältig zu unterscheiden.

§. 280. u. 281.

Vom Klagegrunde.

Nach vorausgegangener Geschichtserzählung werden hiernächst die Rechtsgründe angeführt, auf denen das nachfolgende Gesuch des Klägers beruhet. Sollte sich jedoch des Klägers Forderung schon in der deutlichen Verordnung des gemeinen Rechts gründen, so ist nicht nöthig, daß der Kläger diese gesetzliche Vorschriften in seine Klagschrift mit einrücke, da sie dem Richter ohnehin bekannt seyn müssen [11]). Nur dann, wenn das Recht, worauf man

10) Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 34. Nicht sowohl der kursächsische Gesandte Augustin Strauch, wie LEYSER Spec. XXXVI. med. 1. u. 2. behauptet, sondern vielmehr der Herzogl. Braunschweig-Lüneburgische Gesandte, Kanzler Johann Schwarzkopp, ist der eigentliche Urheber der in dem jüngsten Reichsabschiede geschehenen Abschaffung des articulirten Libells, wie Hr. Geh. JustizR. Böhmer in der Vorrede zum zweyten Theile der Exercitationum ad Pandect. seines seel. Vaters, aus den Reichstagsacten von den Jahren 1653 und 1654 gründlich erwiesen hat. Man sehe auch *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. practic. ad LEYSERI meditat. ad Digest. Tom. I. Fasc. II. Obs. 140.

11) Jüngst. Reichsabsch. §. 96.

man sich gründet zweifelhaft ist, oder der Grund der Klage in einem besondern Rechte, oder Privilegium, oder einer Observanz, so noch eines Beweises bedarf, gesetzt wird, erfordert es die Nothwendigkeit, diejenigen rechtlichen Gründe im Klagelibell auszuführen, aus denen die Rechtmäßigkeit des nachstehenden Gesuchs erhellet. Jedes Klageschreiben muß indessen einen Klagegrund enthalten, das ist, es muß aus demselben zu ersehen seyn, warum der Kläger wider seinen Gegner zu klagen befugt sey, und warum das Gesuch nicht anders, als geschehen, habe eingerichtet werden können. Ohne einem solchen Klagegrund kann keine Klage statt finden, und da aus diesem sowohl, als aus dem ganzen Inhalt des Klaglibells beurtheilt werden kann, welche Klage angestellet worden, so erhellet zugleich hieraus, warum der Kläger nicht nöthig habe, den Namen der Klage im Libell auszudrücken [12]). Bey jeder Klage, sie betreffe nun den Besitz oder das Recht selbst, und dieses sey so verschieden, als es wolle, ist immer ein doppelter Klagegrund zu unterscheiden, nämlich der nächste oder allgemeine, und der entfernte oder besondere. Ersterer besteht darin, daß bloß im Allgemeinen das Recht, woraus man klagt, oder die Verbindlichkeit des Beklagten überhaupt in dem Klaglibell ausgedruckt wird, letzterer aber darin, daß zugleich der Rechtstitel, d. i. die gesetzmäßige Ursache angegeben wird, wie das Recht erworben worden, oder die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, so den Grund der Klage ausmacht. Da der seel. Hofr. Schmidt in seinem Lehrbuch von Klagen [13]) die Frage: was jede

12) Man vergleiche hier vorzüglich EMMINGHAUS in notis ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. c. Tom. I. p. 207.

13) I. Th. §. 97—99.

Hauptklage für einen nächsten und entfernten Klagegrund habe? schon ausführlich abgehandelt hat, so kann ich mich der Kürze wegen füglich darauf beziehen. So unstreitig nun bey persönlichen Klagen nicht nur der nächste, sondern auch der entfernte Klagegrund, nämlich der Name des Contracts, Delicts, oder sonstigen Geschäfts, woraus die Verbindlichkeit des Beklagten entstanden ist, jedesmahl angezeigt werden muß, wenn nicht der Libell, als zu allgemein, und unbestimmt, verworfen werden soll [14]); so behauptet man dennoch insgemein, daß es bey den dinglichen Klagen hinlänglich sey, nur überhaupt die Gattung des dinglichen Rechts anzuführen, worauf man seinen Anspruch gründet, die Angabe eines besonderen Rechtstitels aber, wodurch man das klagbar gemachte dingliche Recht erworben, keinesweges erfordert werde. Allein da dem Beklagten nicht selten daran gelegen ist, daß er auch bey einer wider ihn angestellten dinglichen Klage den entfernten Grund derselben wisse, wenn er sonst, sich dagegen gehörig zu vertheidigen, und die nöthigen Exceptionen derselben entgegen zu setzen, außer Stand seyn würde, welche nach der Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes §. 34. sogleich bey Verlust derselben der Litiscontestation angehängt werden müssen, so ist der Kläger in einen solchem Fall nicht nur verbunden, den entfernten Klagegrund auf Verlangen des Beklagten anzugeben [15]), sondern es kann dieses auch in mancher andern Rücksicht für

14) *L.* 14. §. 2. *L.* 27. *D. de except. rei iudic. Cap.* 3. *X. de libelli oblat.*

15) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 2. und besonders *Mich. God.* WERNHER in lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 10.

für den Kläger selbst sehr nützlich seyn. Denn einmahl kann der Kläger, bey bloßer Anführung des nächsten Klagegrundes, von Seiten des Beklagten wohl weiter nichts, als eine allgemeine Ableugnung desselben erwarten. Da ihm nun der Beweiß obliegt, so verliehrt er hierdurch den Vortheil, Elisivartikel zu übergeben, wodurch er hätte des Beklagten Einreden wider den besondern Klagegrund entkräften, und dem Beweise seiner Klage ein desto grösseres Gewicht geben können [16]). Zum andern bleibt dem Kläger, wenn er auch den Proceß verlieren sollte, dennoch, sofern der Beklagte bloß wegen des vom Kläger angeführten und nicht erwiesenen besondern Klagegrundes von dem Anspruche desselben entbunden worden, alsdann noch immer unbenommen, die nämliche Sache noch einmahl aus einem andern Titel gerichtlich zu verfolgen, ohne daß ihm die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen stehet [17]).

§. 282.

Vom Gesuche. Strafe des Zuvielbittens nach römischen und heutigen Rechten.

Den Schluß einer Klageschrift macht das Gesuch aus, welches in einer aus der Geschichtserzählung und dem Klagegrunde gefolgerten, und sowohl der gewählten Proceßart als dem Gegenstande des Rechtsstreits angemessenen Bitte des Klägers bestehet. Dieses Gesuch ist demnach doppelt. Es gehet theils darauf, was der Klä-

ger

16) EMMINGHAUS in not. ad COCCEJI I. C. C. cit. loc. not. b. Tom. I. pag. 206.

17) *L.* 11. *§.* 2. *D. de except. rei iudic. Cap.* 3. *de sentent. et re iudic. in 6to.* L. B. a WERNHER select. Observat. for. T. II. P. VI. Obs. 481.

ger will, daß der Richter gleich jetzt auf die angebrachte Klage verfügen, theils was er dereinst nach geschehener Erörterung der Sache erkennen soll. Jenes Gesuch betrift den Lauf des Processes, und richtet sich nach der verschiedenen Art desselben. Es ist daher anders im executivischen, als beym ordentlichen bürgerlichen Processe einzurichten. Letzteres aber betrift den Gegenstand des Rechtsstreits selbst, und muß der Natur der angestellten Klage durchaus gemäß, und so gefasset seyn, daß man daraus des Klägers Intention deutlich ersehen kann, wie er nämlich will, daß der Richter in der Hauptsache erkennen soll [18]). Es muß daher das Gesuch 1) schließend, d. i. dem Grunde der Klage und der Geschichtserzählung gemäß, 2) bestimmt und auf etwas gewisses gerichtet seyn. Ist jedoch die Klage eine actio universalis oder generalis (§. 276.) oder eine solche Klage, wo es vom Ermessen des Richters abhängt, auf wie hoch er den Beklagten condemniren will, (§. 274. S. 554.) so wird auch ein allgemeines Gesuch für zuläßig gehalten. Zuweilen kann auch die Bitte alternativ eingerichtet werden, daß man nämlich von dem Beklagten fordert, er solle entweder das eine oder das andere leisten. Dieses kann geschehen, wenn entweder die vorhandene klare Verordnung eines Gesetzes [19]), oder ein herrschend gewordner Gerichtsgebrauch

18) Nettelbladts Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 214.

19) Dieß ist z. B. der Fall bey der hypothekarischen Klage, in sofern dieselbe wider den Schuldner selbst oder desselben Erben angestellet, und mit der Darlehnsklage cumulirt wird. *L. 2. Cod. Si unus ex pluribus hered. Nov. IV. c. 2.* ferner bey der ästimatorischen Klage, welche aus dem Trödelcontract entspringt. *L. 1. §. 1. D. de aestimatoria.* Nicht weniger bey dem *Interdicto ex L. 7. D. de damno infect.* Vid. BOEHMER Diss. de libellis alternativis. Cap. II.

brauch [20]), oder ein ausdrückliches Versprechen, dieses oder jenes zu leisten, oder die letzte Willensverordnung eines Verstorbenen dem Beklagten eine alternative Verbindlichkeit auflegt. Ist hingegen der Beklagte zwar zu einer bestimmten Leistung, jedoch dergestalt verbunden, daß ihm die Freyheit, ein drittes Auskunftsmittel zu wählen, überlassen bleibt, wodurch er sich jener Verbindlichkeit entledigen kann [21]), so darf eigentlich nicht alternativ geklagt werden [22]); geschiehet es indessen, so wird der Libell deshalb nach dem heutigen Gerichtsgebrauch nicht verworfen, sondern nach der Billigkeit also erklärt, daß der Beklagte zu dem, was die eigentliche Hauptverbindlichkeit desselben mit sich bringt, verurtheilt werde, wofern sich nicht etwa derselbe des ihm von den Gesetzen freygelassenen dritten Auskunftsmittels lieber bedienen wollte [23]). Von der alternativen Bitte ist die subsidiarische wohl zu unterscheiden, welche in einem solchen Falle statt findet, wo der Beklagte durch sein Verschulden seiner Verbindlichkeit kein Genüge zu leisten vermag. Hier fällt

20) Eine solche alternative Verbindlichkeit hat der Gerichtsgebrauch bey der Schwängerungsklage eingeführt, bey welcher daher das Gesuch dahin gerichtet wird, daß der Beklagte die Klägerin entweder heyrathe, oder ausstatte. S. *I. H.* BOEHMER cit. Diss. de libellis alternativis. Cap. II. §. 8. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Observat. select. ad CARPZOVII pract. nov. rer. crim. Quaest. LXVIII. Obs. 1.

21) Hierher gehören z. B. die actio de pauperie, remedium L. 2. C. de rescind. venditione, actio hypothecaria contra tertium possessorem. *L.* 16. *§* 3 *D de pignor. et hyp.* Man sehe jedoch *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 22.

22) *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. et 8. und EMMINGHAUS ad Eundem T. I. pag. 211. sq.

23) BOEHMER cit. Diss. de libell. alternativ. Cap. III. Man hat in der Praxis die Regel angenommen, *quod omnis libellus, quantum fieri potest, sustinendus sit*, welche auch das canonische Recht *cap.* 5. *X. de pignorib.* als billig anerkennt.

fällt die Wahl weg, die bey einer alternativen Verbindlichkeit dem Beklagten zusteht [24]). Endlich 3) darf auch der Kläger in keinem Falle vorsätzlich mehr bitten, als er zu fordern berechtiget ist. Die Plurispetitio kann nun auf mancherley Art begangen werden [25]).

a) In Ansehung der Sache selbst, die den Gegenstand des Rechtsstreites ausmacht, (*plurispetitio re*) wenn der Kläger eine größere Summe, oder einen größeren Theil von einer Sache fordert, als ihm gebührt.

b) In Ansehung der Zeit, (*plurispetitio tempore*) wenn auf die Schuld geklagt wird, ehe noch der Zahlungstermin erschienen ist [26]).

c) In Ansehung des Ortes, (*plurispetitio loco*) wenn die Schuld an einem andern, als dem bestimmten Zahlungs Orte, ausgeklagt wird. Denn der Kläger entziehet dadurch dem Schuldner den Vortheil, den er davon hätte, wenn er an dem bedungenen Orte zahlte. Dieser Vortheil ist besonders bey Geldschulden und Waarenlieferungen sehr merklich, weil der Geldcurs und Waaren-

24) HERT Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita; in *Opusc.* Vol. I. T. III. pag. 348. sqq.

25) §. 33. *I. de Actionib.* *Io.* WUNDERLICH Diss. sistens theoriam et usum practicum doctrinae de pluris petitione. *Rintelii* 1761.

26) Wer auf eine bedingte Schuld klagt, ehe noch die Bedingung erfüllt worden ist, von dem kann eigentlich nicht gesagt werden, er bitte mehr, als er zu fordern hat, weil pendente conditione noch gar keine Schuld vorhanden ist. Die Anstellung der Klage wurde daher in solchem Falle nur für eine vergebliche Handlung gehalten, dahingegen die Mehrforderung den Verlust der ganzen Forderung ehemals nach sich zog. *L. un. §. ult. D. quando dies usufr leg. ced. L. 36. D. de reb. credit.* CUJACIUS lib. XXII. Observat. cap. 2. MERILLIUS Lib. III. Observat. cap. 36. und Ebenderselbe in Comm. ad Institution. p. 492. Nachdem jedoch die ehemalige Strafe der Plurispetitio ist aufgehoben worden, fällt auch jener Unterschied weg, und Tribonian rechnet daher §. 33. *I. de action.* zur Plurispetitio tempore, wenn eine Schuld entweder vor Eintretung des Zahlungstermins oder vor Erfüllung der Bedingung ausgeklagt wird.

renpreiß nach dem Unterschied des Orts sehr verschieden ist. Endlich

d) in Ansehung der Schuldbeschaffenheit, (*plurispetitio causa*) wenn die Schuld nicht in der Masse von dem Beklagten gefordert wird, als er dazu verbindlich ist. Dahin gehört, wenn der Beklagte nur alternativ zu diesem oder jenem verbunden ist, er aber dennoch schlechthin auf eins von beyden belanget wird; oder wenn der Beklagte sich nur überhaupt zu einem gewissen genus verbindlich gemacht, so daß die Wahl der zu leistenden Species ihm überlassen ist, und dennoch wider ihn sogleich auf eine gewisse Species geklagt wird, Z. B. der Beklagte hätte nur überhaupt Wein versprochen, der Kläger aber forderte Burgunder. Aus einer Verordnung der Kayser Diocletian und Maximian, die wir in den Fragmenten des Hermogenianischen Codex [27]) finden, ist zu ersehen, daß zuerst die römischen Rechtsgelehrten durch ihre Gutachten diese verschiedene Arten der Plurispetitio bemerklich gemacht haben, jedoch nahm sie der Prätor auch in sein Edict auf [28]). Die Strafe bestand ursprünglich in dem Verlust der ganzen Forderung [29]). Zwar wollen verschiedene angesehene Rechtsgelehrte behaupten, als ob diese Strafe nur in iudiciis stricti iuris (§. 190.) statt gefunden habe, in den iudiciis bonae fidei aber darum nicht, weil es die Billigkeit nicht erlaubt habe, den Kläger um einer bloßen Mehrforderung

27) L. 2. *Cod. Hermog. de calumniator. et plus petendo.* Plus petitur, sicut responsis Prudentum continetur, summa, loco, tempore, causa, qualitate, aestimatione. Die letztern Worte *qualitate et aestimatione* sind blos eine Erklärung des Worts CAUSA, und machen daher keine besondere Arten der plurispetitio aus, wie schon *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 712. Not. 7. bemerkt hat.

28) Denn auch in dem Edicto perpetuo war ein Titel *de plus petendo* befindlich, wie *Iac.* RAEVARDUS Varior. lib. III. c. 14. erwiesen. Siehe auch *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. de histor. Edictor. pag. 367. sqq.

29) PAULUS *lib. I. Sentent. Receptar Tit.* 10. et *Lib. II. Tit V.* §. 3. *in fin.* L. 2. *Cod Hermog. cit.* apud SCHULTING cit. loc. §. 33. *Inst. de actionib.*

rung willen für sachfällig zu erklären [30]). Allein da in den Gesetzstellen, welche von der Strafe des Zuvielbittens handeln, von diesem Unterschiede inter iudicia bonae fidei und stricti iuris nichts erwähnet wird, überdem die interrogationes in iure, welche doch als ein Mittel, jener Strafe zu entgehen, bey den Römern waren eingeführt worden [31]) bey den iudiciis bonae fidei so gut, als bey den iudiciis stricti iuris üblich gewesen sind [32]), so scheint mir diese Meinung noch vielem Zweifel unterworfen zu seyn. Die Kr. Zeno und Justinian hoben jedoch jene Strafe der pluris petitio bis auf einen gewissen Fall [33]) ganz auf, und verordneten dagegen, daß wenn jemand zu früh klagen würde, der Zahlungstermin zur Strafe des Gläubigers verdoppelt, und den Beklagten die dadurch verursachten Proceßkosten erstattet; in den übrigen Fällen einer plurispetitio aber der Kläger zum dreyfachen Ersatz des dem Beklagten durch die zu hohe Forderung verursachten Schadens verurtheilt werden solle [34]). Diese Strafen fallen jedoch heutiges Tages

30) *Franc.* HOTOMANNUS, *Ian. a* COSTA, *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 33. Inst. de actionib. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. p. 241. Not. 7. und pag. 274. Not. 12. HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 368. und WUNDERLICH cit. Diss. §. 8.

31) *L. 1. pr. D. de interrogationib. in iure fac.* S. auch *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de eodem argumento pag. 6. sqq.

32) *Io. Phil.* CARRACH in Exercit. sist. sicilimenta de interrogationibus in iure earumque defectu in foris Germ. *Halae* 1751. §. 5. hat dieses aus vielen Beispielen erwiesen.

33) Der Fall, in welchem Justinian die ehemalige Strafe der plurispetio beybehalten hat, ist in der *Nov. XV. cap.* 3. *in fin.* und *cap.* 4. enthalten.

34) Man vergleiche ausser dem angef. §. 33. *in fin I. de action.* noch §. 10 *I. de except.* und §. 24 *I. de actionib* Beyde Verordnungen hat *Iac.* CUJACIUS in Observat. iuris Rom. Lib. XII. cap. 21. aus den Basiliken restituirt, sie befinden sich auch in den neuern Ausgaben des Corporis Iuris Rom. *L. 1. et 2. Cod. de plus petition.* Man vergleiche noch *Io. Godofr.* SCHAUMBURG de Constitutionibus Impp. antiquis, iis speciatim, quae in Institutionibus citantur, et in Cod. rep. praelect. omissae sunt. Manip. IV. Obs. 7. et 9.

ges weg [35]). Denn wenn der Kläger entweder in Ansehung der Schuldforderung an sich, oder deren Beschaffenheit nach, wissentlich zu viel bittet (plus re vel causa petit), so muß er dem Beklagten, wenn dieser die wahre Schuld anerkennt, und solche zu leisten bereit ist, alle dadurch erweißlich verursachte Schäden und Kosten ersetzen. Bittet er hingegen zu viel in Ansehung der Zeit, so wird der Beklagte von der Instanz losgesprochen, und der Kläger muß die Kosten tragen. Bittet endlich der Kläger zu viel in Ansehung des Orts, so muß er dem Beklagten das interesse loci vergüten [36]).

§. 283.

Clauseln des Klaglibells.

Dem Klagschreiben pflegen übrigens mancherley Clauseln angehängt zu werden [37]), welche aber größtentheils unnütz sind. Auch die sogenannte heilsame Clausel, wodurch man mittelst einer ganz bekannten Formel das mildrichterliche Amt zu imploriren pflegt, hat nicht den Werth, den man ihr nach dem Gerichtsgebrauch gewöhnlich beylegt. Denn da der Richter auf dasjenige, was den gemeinen Rechten gemäß ist, schon von Amtswegen Rücksicht nehmen muß, wenn er auch gleich nicht ausdrücklich darum gebeten worden ist [38]), wesentliche Mängel des Klag-

35) LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. XXXVII. cor. 1. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM T. I. Fasc. II. Obs. 145.

36) *Cap. un. X. de plus petit.* *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 673.

37) *Casp. a* RHEDEN Diss. de superfluis ineptis et inutilibus libellorum clausulis. Bremae 1717. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 79. u. 80.

38) *L un. Cod. Ut, quae desunt advocatis partium, iudex suppleat. Cap. 6. X. de iudic.* Man vergleiche *Io. Frid.* WAHL Progr. de iustis cancellis, quibus officium iudicis vel ius dicentis in adiuvando actore per libelli interpretationem secund. aequi

Klaglibells aber mittelst dieser Clausel nicht geheilet werden können [39]); so erhellet hieraus, daß auch diese sogenannte heilsame Clausel ohne Nutzen ist [40]). Da indessen ihre Einrückung einmal zu dem Kunstmäsigen der Klagschrift gehört, so ist es wenigstens nicht rathsam, solche wegzulassen.

rationem et ius scriptum Caesar. ac Pontific. circumscribitur. *Goettingae* 1752. J. M. Renners Abhandl. über die L. un. Cod. ut quae def. adv. part. oder von dem richterlichen Erfüllungseide. Jena 1784. (in *Meditat. ad* SCHAUMBURGII *Princip. prax. iurid.*) MÜLLER ad LEYSERUM T. I. Obs. 146.

39) *de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 5.

40) *Io. Baptist. Andr.* LOEHLEIN Spec. iur. civ. de otio clausulae salutaris, quo claus. salutaris origo investigatur, effectus a DD. eidem attribui consueti enumerantur, otium denique eiusd. in quov. libello demonstratur. *Wirceburgi* 1752.

Verbesserungen zum dritten Theile.

S. 55. Not. 64. ist bey der angef. Braunischen Abh. zu bemerken, daß sie auch in Siebenkees jurist. Magazin II. Band (Jena 1783.) Nr. IX. befindlich ist.
S. 67. Z. 3. von unten ist, statt Besitzer, Beysitzer zu lesen.
S. 74. Not. 48. ist noch hinzuzufügen Bodmanns Abh. vom Rauchhuhn §. 23. in Siebenkees Beiträgen zum T. Recht 5. Th. S. 26. ff.
S. 132. Z. 6. muß substituiren, und
S. 152. Z. 2. von unten solche Sachen gelesen werden.
S. 199. Not. 36. muß es heißen: Leyser Spec. CCXXXVIII.
S. 212. Not. 74. Add. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. T. VI. Obs. 809.
S. 324. Num. 1. Z. 2. ist, statt an, in zu lesen.
S. 396. Not. 94. ist noch hinzuzufügen, daß VOET in Comment. ad Pand. lib. II. Tit. VIII. §. 13. in Ansehung der *cautionis de iudicato solvendo* eine sehr gegründete Ausnahme macht.
S. 497. Not. 12. Z. 2. muß, statt veria, varia gelesen werden.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Hellfeld, Johann August, 1717-1782 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 3,2

Erlangen (1793)

J.rom.c. 137-3,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565378-2
VD18 90223675